Kann sich derjenige auf Nothwehr berufen, dem die Möglichkeit der Flucht offenstand?

Vom Standpunkte der Wissenschaft und des Reichs-Strafgesetzbuches aus untersucht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Königlichen Bayerischen Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

HERMANN FISCHER,

Referendar in Köln.

KÖLN, 1896.

Buchdruckerei von J. B. Heimann.

Inhaltsangabe.

A. Einleitung.

B. Ausführung.

I. Vom Standpunkte der Wissenschaft.

1. Kurze Uebersicht über die in der Litteratur vertretenen Ansichten.
2. Die Entwicklung und Begründung unserer Ansicht;
   a) Vorfrage ist die Bestimmung der Natur der Nothwehr
      α die Fichte'sche Nothstandstheorie,
      β die Unzurechnungsfähigkeitstheorie,
      γ die Vergeltungstheorie Geyers,
      δ die Kant'sche Vertragstheorie,
      ε die Hegelsche Theorie der Nichtigkeit des Unrechts,
      ζ die Rechtstheorie;
   b) Weil die Nothwehr ein Recht ist, ist unsere Frage zu bejahen, und zwar ohne dass Einschränkungen zulässig sind. Der Wegfall der Einschränkungen folgt aus der Rechtsnatur der Nothwehr.

II. Vom Standpunkte des Reichs-Strafgesetzbuches.

1. Geschichtliche Entwickelung:
   a) römisches Recht,
   b) kanonisches Recht,
   c) deutsches Recht, insbesondere Carolina,
   d) Standpunkt der preussischen Strafgesetzbücher 1851.
2. Standpunkt des Reichs-Strafgesetzbuches:
   a) grammatische,
   b) logische Interpretation.

Nothwehr ist die zur Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs unter Verletzung des Angreifers geübte Vertheidigung. Bleibt die Vertheidigungshandlung rein defensiv, d. h. wird mit derselben keine Verletzung des Angreifers herbeigeführt und enthält dieselbe infolgedessen, auch abgesehen von dem Vertheidigungsmerkmale, nicht den Thatbestand einer strafbaren Handlung, so kommt sie strafrechtlich nicht in Betracht. Diese Erwägung hat die neuere Doctrin veranlasst, die von einigen Juristen, z. B. Henke, Handbuch des Criminalrechts, Theil I, Band I, Seite 209 und 210, aufgestellte Unterscheidung in eigentliche und uneigentliche Nothwehr fallen zu lassen. Als uneigentliche Nothwehr bezeichneten jene nämlich die rein defensive Privatgewalt, während sie unter eigentlicher Nothwehr die aggressive Privatgewalt verstanden, welche zur Abwehr und Erwiderung des Angriffes die Gestalt einer regelmässig verbotenen Verletzung annimmt.[1])

Die criminelle Bedeutung der Nothwehr liegt darin, dass die im Zustande derselben dem Angreifer zugefügte Beschädigung straflos bleibt. Sofort entsteht die Frage, in wiefern es sich mit dem öffentlichen Strafrecht vereinigen lässt, dass eine Handlung, die an und für sich eine Uebertretung strafrechtlicher Satzungen enthält, nicht bestraft werden soll. Diese Frage, auf die näher einzugehen, Sache der späteren Abhandlung sein wird, ist in der Lehre von der Nothwehr von wichtiger Bedeutung. Die Beantwortung derselben erfordert den Begriff und das Wesen der Nothwehr klar zu stellen, und das bei dieser Untersuchung gewonnene Ergebniss ist in erster Linie massgebend für die Stellung und Behandlung der Nothwehr in der Gesetzgebung.

Die aufgeworfene Frage wird jedoch keineswegs gleichmässig beantwortet; die Meinungen der Rechtslehrer weichen im Gegentheil sehr von einander ab. Infolgedessen ist gerade durch die Verschieden-

---

[1]) Es verhält sich ähnlich wie mit der Richtigstellung der Formulirung der Strafbarkeit der civilrechtlichen Selbsthülfe. (Vgl. Windscheid, Band 1, § 123, Anm. 1).

heit der Ansichten betreffs der Natur der Nothwehr die gesammte Lehre über dieselbe in ihren wichtigsten Fragen so bestritten, wie kaum eine zweite Materie auf dem Gebiete des Strafrechts. Zu den streitigsten Fragen gehört auch die, ob der durch einen rechtswidrigen Angriff Bedrohte verpflichtet sei, zur Vermeidung der Verletzung des Angreifers die Flucht zu ergreifen, ob also derselbe, wenn er dieses unterlässt, sich dennoch wegen der dem Angreifer zugefügten Gewalt auf Nothwehr berufen könne. Diese Frage soll im nachfolgenden vom Standpunkt der Wissenschaft und des für das deutsche Reich positiven Rechtes, des Reichs-Strafgesetzbuches, erörtert werden.

Von den Criminalisten, besonders von den älteren, wird die Frage, ob der widerrechtlich Angegriffene verpflichtet sei zu fliehen, meist sehr ausführlich behandelt und und in sofern einheitlich beantwortet, dass Niemand die Unmöglichkeit der Flucht unbedingt als Voraussetzung gerechter Nothwehr hinstellt. Während aber einige die Nothwehr bei Möglichkeit ungefährlicher und unschimpflicher Flucht ausschliessen, kennt die wenigstens in Deutschland[1]) herrschende Ansicht der Wissenschaft den Satz Levita's[2]) an: „Niemand ist gehalten, durch die Frucht sich dem widerrechtlichen Angriffe zu entziehen und könnte er dieses auch ohne Gefahr und Schande". Ausser diesen beiden Meinungen finden wir insbesondere unter den Rechtslehrern seit Feuerbach eine dritte Ansicht verbreitet, die in dem Nichtergreifen einer ungefährlichen und unschimpflichen Flucht nicht einen Mangel in den Erfordernissen der Nothwehr, sondern eine Ueberschreitung des an sich begründeten Rechtes erblickt. Noch muss erwähnt werden, dass unter denen, welche die Unmöglichkeit einer gefahrlosen Flucht ohne Beeinträchtigung der Ehre als Bedingung der Nothwehr fordern, mehrere ihren Grundsatz selbst wesentlich einschränken und ihn damit als bedenklich erscheinen lassen, indem sie zu Gunsten gewisser Stände, wie Adelige, Soldaten u. s. w. eine Ausnahme dahin zugestehen, dass diesen die Fluchtergreifung unter keinen Umständen zur Pflicht gemacht werden könne.

---

[1]) Fast die gesammte ausserdeutsche Litteratur ist gegen diese uneingeschränkte Anerkennung des Nothwehrrechts; von Liszt verweist in seinem Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (§ 32, Anm. 6) auf Getz, Begründung des norwegischen Entwurfs und auf Moriaud Délit nécessaire 300.

[2]) Levita, Das Recht der Nothwehr, S. 237.

Nachdem wir auf diese Weise in grossen Zügen die Ergebnisse vorausgeschickt haben, zu denen die Wissenschaft bei Beantwortung unserer Frage gelangt ist, wird es unsere Aufgabe sein, die einzelnen Ansichten näher zu prüfen. Damit diese Untersuchung zu einem überzeugenden Ergebnisse führt, ist es vor allem nöthig, das Wesen und die Natur der Nothwehr klar zu stellen; denn ein sicheres Urtheil über Bedingungen der Nothwehr muss sich naturgemäss auf den Grundbegriff derselben stützen.

Die neueste Doktrin legt der Nothwehr fast allgemein einen rechtlichen Charakter bei, während ihr ein solcher noch von einigen Juristen unseres Jahrhunderts abgesprochen wird.[1]) Unter denen, welche die rechtliche Nothwehr bestreiten und die in derselben verübte Verletzung des Angreifers als eine an und für sich nicht rechtliche, aber in Berücksichtigung besonderer Umstände straflose Handlung betrachten, müssen hauptsächlich zwei entgegenstehende Grundrichtungen unterschieden werden.

Die eine Richtung vertreten durch Anhänger der Fichte'schen Theorie über den Nothstandsbegriff, insbesondere durch Grolmann[2])

---

[1]) Hier sei beiläufig bemerkt, dass man bei den Rechtslehrern des 16., 17., 18. Jahrhunderts eine juristische Begründung der Rechtmässigkeit der Nothwehr vermisst. Dieselben kommen nach der Kritik Levita's [a]) über ein vages, allgemeines Raissonement nicht hinaus und gehen in der Entwicklung ihrer Ansicht zum Theil soweit, dass sie mit Berufung auf die heilige Schrift [b]) die Nothwehr nicht nur als ein Recht, sondern sogar als eine von der Religion gebotene Pflicht betrachten und deren Ausserachtlassung als Sünde gegen Gott, gegen den Staat und gegen sich selbst erklären. Auch verweisen dieselben häufig auf Ciceros Rede pro Milone, in der die Nothwehr als eine „lex non scripta, sed nata" bezeichnet wird.

a) Levita, a. a. O. S. 22, Anm. 25.

b) Exod. XXI, 18. Straflosigkeit der bei einer Rauferei wechselseitig zugefügten Beschädigungen.

Exod. XXII, 1, 2. Vorschriften über die Tötung und Verwundung des beim Einbruch ergriffenen fur nocturnus. Leviticus XIX, 16. Das Recht der Nothwehr zur Rettung eines Dritten gegen einen widerrechtlichen Angriff auf das Leben, gefolgert aus den Worten: „Steh' nicht still bei dem Blute deines Nächsten".

[2]) Grolmann, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft § 24 (citirt nach Janka, der strafrechtliche Nothstand, Seite 4, Anm. 2).

und Zoepfl[1]), sieht in der Nothwehr eine Abart des Nothstandes natürlich des Nothstandes im Sinne Fichtes, nämlich des Zustandes der aufgehobenen Möglichkeit der Koexistenz. Es ist infolgedessen nöthig hier mit einigen Worten den der Nothwehr verwandten Begriff des Nothstandes zu streifen.

Nothstand im strafrechtlichen Sinn ist vorhanden, wenn Jemand vor die Alternative gestellt ist, entweder eines seiner Rechte preiszugeben, oder das Recht eines Dritten, der diese Nothlage in keiner Weise widerrechtlich herbeigeführt hat, zu verletzen. Die Nothstandshandlung erscheint demnach als die Wahrung unmittelbar gefährdeter eigener Interessen durch die Beschädigung berechtigter Interessen dritter Personen. Eine solche Nothstandshandlung ist ohne Zweifel nicht rechtlich, indem die Noth nicht etwas zum Recht gestalten kann, was sonst Unrecht ist; aber sie bleibt straflos. Der Grund dieser Straflosigkeit ist jedoch sehr bestritten. Uns interessirt nur die Rechtfertigung Fichtes, da auf diese Grolmann und Zoepfl ihre Meinung über das Wesen der Nothwehr stützen, desshalb müssen wir dieselbe widerlegen, da mit deren Widerlegung auch die als Folgerung aus derselben gezogene Behauptung über die Nothwehr widerlegt ist.

Fichte weist der Rechtslehre richtig die Aufgabe zu, die Art und Weise des Zusammenlebens der Menschen zu regeln. Auch ist seine Folgerung logisch, dass demnach die Rechtslehre die Möglichkeit des Zusammenlebens voraussetzt, und dass umgekehrt mit dieser Möglichkeit nothwendig die Frage nach der Bestimmung der Möglichkeit, also die Frage nach deren Recht, wegfällt. Die beiden letzten Folgerungen ergeben somit folgenden, auch von Fichte ausdrücklich gezogenen Schluss: „Wenn die Möglichkeit des Zusammenlebens aufhört, so besteht kein Recht mehr, und infolgedessen kann auch seine Negation nicht gedacht werden d. h. es gibt auch kein Unrecht". Eine in solchem Zustand verübte Missethat würde also gemäss diesem Ergebnisse weder rechtlich noch unrechtlich sein, sondern es müsste ihr ein Attribut beigelegt werden, welches eine Eigenschaft zwischen Recht und Unrecht bezeichnet, dies ist natürlich unmöglich. Diese Lücke glauben die Anhänger Fichtes dadurch ausgefüllt zu haben, dass sie eine solche Handlung einfach als „straflos" hinstellen. Doch sehen wir von diesem Widerspruch ab, mit dem die ganze Theorie

[1]) Zoepfl, Archiv des Criminalrechts N. F. 1843, Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr, S. 42 ff.

schon fällt, und verfolgen wir die weitere Entwicklung derselben. Um zu dem Schluss zu kommen, dass die an und für sich rechtswidrige Handlung im Nothstand „straflos“ ist, fehlt nur noch der Beweis, dass der Nothstand die Möglichkeit des Zusammenlebens freier Wesen nimmt, also einen Zustand erzeugt, in dem jedes rechtliche Verhältniss und somit auch der Staat selbst aufgehoben ist. Dass ein solcher Zustand überhaupt möglich ist, werde angenommen. Den verlangten Beweis sucht Fichte dadurch zu erbringen, dass er für den Fall der Noth annimmt, die Natur habe die Berechtigung für Beide[1]) zu leben zurückgenommen, und die Entscheidung falle der physischen Stärke und Willkür anheim, die allerdings unter einer höheren Gesetzgebung, nämlich der moralischen, stände. Jedoch dieser Beweis kann offenbar nur als ein Gewaltstreich bezeichnet werden; denn im Augenblick des Nothstandskonfliktes koexistiren doch unbedingt die beiden freien Wesen — ihre Koexistenz hört erst mit dem Tode des einen oder anderen auf, — und recht treffend hebt Janka in der bereits erwähnten Abhandlung (Seite 90) hervor, dass gerade, weil, wie Fichte selbst sagt, die Aufgabe des Rechtes darin besteht, das Nebeneinandersein der Menschen zu regeln, der auf der Spitze stehende Conflikt das Recht zur Normirung des Verhältnisses in erhöhtem Masse herausfordert. Demnach ist die Theorie Fichtes, nach welcher im Nothstand die Rechtsordnung als aufgehoben erscheint und infolgedessen die im Zustande derselben verübte Missethat wegen dieser aufgehobenen Rechtsordnung straflos bleibt, unhaltbar. Dieselbe ist denn auch längst aufgegeben worden.

Die falsche Beurtheilung des Nothstandes als Zustandes der aufgehobenen Möglichkeit der Koexistenz hat ohne Zweifel die Unrichtigkeit der Ansichten Grolmanns und Zoepfles über die Nothwehr zur Folge; denn wenn der Beweis erbracht ist, dass der „weitere“ Begriff Nothstand gegenüber der Rechtsordnung einen Ausnahmezustand nicht herbeiführen kann, so gilt dieses um so mehr von dem als Unterart bezeichneten und somit „engeren“ Begriff der Nothwehr.

---

1) Fichte stellt nämlich seine Behauptung zunächst für den Fall auf, dass zwei freie Wesen durch Naturkausalität in die Lage gekommen sind, dass einer von Beiden sich nur durch den Untergang des Andern retten kann. Aber es bedarf kaum der Erwähnung, dass mit der Preisgebung des Lebens zugleich der Angriff auf jedes geringere Recht gestattet ist.

Im übrigen muss jeder Versuch, die Nothwehr als eine Unterart des Nothstandes zu behandeln, schon durch die Verschiedenheit der Grundbegriffe vereitelt werden. Im Nothstand kollidiren zwei Rechte, während im Zustand der Nothwehr das Recht mit dem Unrecht streitet.

Durch diese Erörterung haben wir gleichzeitig nachgewiesen, dass die unhaltbare Ansicht der Anhänger Fichtes, im Zustand der Nothwehr dürfe der widerrechtlich Angegriffene sich gänzlich ausserhalb der Rechtsordnung betrachten, er sei infolgedessen wegen der Verletzung des Angreifers straflos, jedenfalls eher einen Beweis für als gegen den rechtlichen Charakter der Nothwehr enthält; denn, wenn dem widerrechtlich Bedrohten gestattet ist, sich ausserhalb der Rechtsordnung stehend zu betrachten, so hat er auf diese Begünstigung offenbar ein Recht, und alle seine Handlungen in der Ausübung dieses Rechtes müssen rechtliche sein.

Gehen wir nunmehr auf die zweite Richtung der Gegner ein. Diese verweist [1]) die Nothwehr unter die Aufhebungsgründe der Zurechnung und erachtet dieselbe objektiv für rechtswidrig, aber wegen obwaltenden physischen Zwanges, unwiderstehlicher Gewalt u. s. w. für straflos. Diese Ansicht, die abhängig ist von der grade in der neueren Zeit vielfach bekämpften phychologischen Zwangstheorie soll nicht des Näheren widerlegt werden, weil es ganz zweifellos Nothwehrfälle gibt, in denen der Angegriffene gefasst und ruhigen Muthes sein Recht vertheidigt. Damit ist aber diese Theorie, die namentlich von Rosshirt [2]) und Jarcke [3]), in gewisser Beziehung auch von Temme [4]) vertheidigt wird, auf dem Gebiete der Nothwehr als unbefriedigend nachgewiesen.

---

[1]) Auch nach dieser Erklärung könnte man sich leicht verleiten lassen, die Nothwehr als eine Unterart des Nothstandes zu betrachten; denn noch gegenwärtig ist die Ansicht vertreten, dass der durch den Nothstand verursachte unwiderstehliche Zwang die Zurechnungsfähigkeit ausschliesst.

[2]) Rosshirt, Lehrbuch des Criminalrechtes, S. 53, 55 ff. (angeführt nach Jancka, a. a. O. S. 4, Anm. 4).

[3]) Jarcke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes, Bd. I, S. 144 (citirt nach Levita, S. 30, Anm. 38).

[4]) Temme, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechtes § 49 (citirt nach Levita, a. a. O. S. 31, Anm. 38).

Es bleibt uns nur noch übrig die Auffassung Geyers[1]) zu erörtern, der in seiner Schrift über die Nothwehr dem Rechte derselben entschieden entgegentritt. Geyer versucht die Nothwehr dem Gebiete des Rechtes zu entrücken und dieselbe auf den Begriff der Vergeltung zu stützen. Belanglos ist die Ansicht Geyers für die, welche überhaupt der Idee der Vergeltung wegen ihrer Undurchführbarkeit in der Praxis die Aufnahme in das Strafrecht versagen. Jedoch auch die Doktrin, welche zu den Strafberechtigungsgründen die Vergeltung zählt, wird durch einfache Betrachtung des Begriffes derselben sofort erkennen, dass Nothwehr und Vergeltung auf durchaus verschiedener Grundlage ruhen. Vergeltung ist Reaktion um der That selbst willen, setzt also immer ein „Geschehenes" voraus, während die in der Nothwehr verübte Handlung als Abwehr der durch einen Angriff hervorgerufenen Gefahr gegen ein „Zukünftiges" gerichtet ist. Der Einwand Geyers, die Bedrohung mit einem Angriff sei selbst schon eine Uebelthat, welche die Vergeltung gegen sich auffordere, wird treffend von Seeger[2]) widerlegt, der darauf hinweist, dass „die Bedrohung bei der Nothwehr, wie schon aus diesem Worte folge, nicht in ihrer Bedeutung als blosse Drohung, als etwas Vergangenes, sondern als Gefahr begründend, mithin in ihrer Beziehung auf die Zukunft in Betracht kommt". Der Einwand Geyers führt aber auch zu einem Widerspruch mit den von ihm aufgestellten Grundsätzen über die Voraussetzung der Nothwehr, weil nach demselben folgerichtig jede Drohung zur Nothwehr berechtigen müsste, nicht nur die, welcher man sich anderweitig nicht ohne Gefahr entziehen kann; eine Bedingung, die von Geyer auf das entschiedenste verlangt wird. Aber zugegeben, die „Bedrohung" sei etwas Vergangenes, so dass sich eine Reaktion gegen dieselbe durch die Vergeltung denken lässt, so würde Geyer jedem Individuum ein selbständiges Strafrecht geben; denn Reaktion gegen geschehenes Unrecht ist Strafe. Hierzu ist jedoch ausschliesslich die öffentliche Gewalt d. h. der Staat berufen. Durch die angestellte Erörterung dürfte wohl die Nichtigkeit der Vergeltungstheorie, die auch auf dem Gebiete der Nothwehr keine Anhänger gefunden hat, zur Genüge erwiesen sein.

---

1) Geyer, Die Lehre von der Nothwehr.

2) Seeger, Bemerkungen über die Grundansichten des römischen und deutschen Rechtes von der Nothwehr, insbesondere über das Verhältniss der letzteren zur Selbsthülfe im Allgemeinen, S. 442.

Die Geyer'sche Ansicht soll nur noch darauf hin betrachtet werden, dass aus derselben, selbst wenn man sie als begründet ansehen würde, doch nicht der Satz gefolgert werden könnte: Es gibt kein Recht der Nothwehr. Den betreffenden Beweis ist Geyer schuldig geblieben. Auf diese Lücke machen besonders Janka[1]) und Seeger[2]) aufmerksam. Zunächst entsteht auch hier die Frage, was soll denn jene straflose Vergeltung sein, wenn sie kein Recht ist. Geyer glaubt eine hinreichende Antwort dadurch zu geben, dass er die Nothwehr eine Uebelthat nennt. Da er aber als ihre Folge weder Strafe noch Schadenersatz aufstellt, bleibt jene Bezeichnung „Uebelthat" ein blosses Wort ohne praktische Bedeutung; er behandelt, um die Worte Seegers[3]) anzuführen, „die Nothwehr als rechtmässig, nur nennt er sie nicht so". Janka[4]) liefert sogar in seiner Bekämpfung des Geyer'schen Standpunktes zum Schluss geschickt den Beweis, dass aus „dessen Prämissen das grade Gegentheil seiner Behauptung, nämlich „das Recht" der Nothwehr folge".

Durch die bisherige Untersuchung sind die Ansichten derer, die das „Recht" der Nothwehr in Abrede stellen, der Hauptsache nach widerlegt, und ist gleichsam ein negativer Beweis für die rechtliche Natur der Nothwehr geführt. Dieser genügt natürlich nicht; er bedarf der Ergänzung durch die positive Beweisführung. Die Rechtslehrer schlagen aber in der Begründung des Nothwehrrechts gemäss der Verschiedenheit ihres philosophischen Standpunktes verschiedene Wege ein.

Ihre Anschauungen lassen sich auf zwei Hauptrichtungen zurückführen, von denen die eine von der Kant'schen und die andere von der Hegel'schen Schule geleitet wird. Die erstere geht von der überwundenen Ansicht aus, der Staat sei durch einen Vertrag der einzelnen freien Wesen entstanden. In den diesbezüglichen Vertragsbedingungen habe der einzelne sein angeborenes Selbstvertheidigungsrecht zu Gunsten des Staates aufgegeben, jedoch nur unter der Uebernahme der Verpflichtung von Seiten des letzteren, den nothwendigen Schutz zu gewähren. Aus dieser Voraussetzung wird gefolgert, dass im Falle eines widerrechtlichen Angriffes, gegen den der Staat nicht schützen, also die übernommene Verbindlichkeit nicht erfüllen kann, das „ur-

---

[1]) Janka, a. a. O., S. 10.
[2]) Seeger, a. a. O., S. 441.
[3]) Seeger, a. a. O., S. 442.
[4]) Janka, a. a. O., S. 11.

sprüngliche vor allem Staat vorhandene Vertheidigungsrecht“ wiedererwache. Diese Auffassung, vertreten durch Feuerbach[1]) und Henke[2]), fällt mit der Idee des Kant'schen Vertragsstaates, welche mit der Entstehungsgeschichte des Staates im Widerspruch steht. Die neuere Wissenschaft kennzeichnet nämlich die Entwickelung des Staates als eine organische und von der Willkür der einzelnen unabhängige. Ein Vertragsstaat konnte, wie Levita (S. 24) sagt, nur von denen angenommen werden, die in unentwickelten Staatsformen den Staat nicht zu erkennen vermocht haben. Allgemein wird jetzt die absolut sittliche und anthropologische Nothwendigkeit des Staates anerkannt, ein vorstaatlicher Naturzustand aber und infolgedessen auch ein „vor allem Staat“ bestehendes Vertheidigungsrecht geleugnet. Die Kant'sche Schule liefert demnach keinen haltbaren Beweis für das Recht der Nothwehr.

Was die zweite noch heute von vielen Schriftstellern vertretene Richtung anbelangt, so stützt dieselbe die Rechtmässigkeit der Nothwehr auf den Hegel'schen Satz der inneren Nichtigkeit des Unrechts und der daraus unbedingt folgenden Nothwendigkeit der Wiederaufhebung derselben. Um das Recht des einzelnen zur Vernichtung des Unrechts im konkreten Falle zu rechtfertigen, stellt die Lehre eine weitere Voraussetzung als Erforderniss gerechter Nothwehr auf, nämlich die Voraussetzung, dass der Staat, dessen alleiniges Recht es im Allgemeinen ist, das nichtige Unrecht wieder aufzuheben, in dem besonderen Falle seine Pflicht nicht ausüben kann und deshalb dem widerrechtlich Angegriffenen seine (des Staates) Aufgabe überlassen muss. Als Anhänger dieser Anschauung sind Berner[3]), Köstlin[4]), Levita[5]), Heffter[6]) und Wessely[7]) zu nennen. In der näheren Bestimmung gehen die Meinungen dieser Schriftsteller auseinander. Es ist hier auf dieselben nicht näher einzugehen, da wir überhaupt gegen

---

1) Morstadt, Commentar zu Feuerbachs Lehrbuch, § 36.

2) Henke, a. a. O., Thl. I, Bd. I, S. 206.

3) Berner, Archiv 1848, S. 557.

4) Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, S. 710 ff.

5) Levita, a. a. O., S. 17.

6) Heffter, Lehrbuch des Strafrechts, § 41, Anm. 1.

7) Wessely, Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischem Recht. S. 37, 38.

die Lehre von der Nichtigkeit des Unrechts, also gegen die Grundlage der betreffenden Ansichten Stellung nehmen. Zum Zwecke der Widerlegung wird die Auffassung Hegels, von der sich zu befreien, die neue Doktrin eifrig bemüht ist, nochmals in zwei Untersätze gegliedert angeführt.

„Das Unrecht ist absolut nichtig", „es muss deshalb aufgehoben werden, damit das Recht wieder hergestellt wird". Sofort leuchtet ein, dass die eine Behauptung die andere und hiermit sich selbst aufhebt, und es könnte daher nach Janke[1]) genügen, den Satz Hegels ausgesprochen zu haben, um denselben in seiner eigenen offen liegenden Nichtigkeit aufzudecken. Aber auch jede der beiden Behauptungen für sich betrachtet, entbehrt der vernunftgemässen Grundlage. Das Unrecht ist nichtig d. h. es ist nicht; so will Hegel seinen Satz verstanden haben; denn er nennt das Unrecht einen Schein des Wesens. Dass aber das Unrecht besteht, davon gibt es uns täglich die deutlichsten Beweise; dafür spricht auch schon der Umstand, dass Hegel sich bemüht, dasselbe zu definiren. Doch lassen wir uns diesen sich selbst widersprechenden Begriff eines absolut Nichtigen und doch Existirenden gefallen und sehen wir auch von der Consequenz derselben ab, welche insofern, als das Nichtige geltungslos ist und infolgedessen von niemand beachtet zu werden braucht, bis zu einem Faust- und Fehderecht führen würde, so müsste noch immer die Unrichtigkeit des zweiten Satzes die Unhaltbarkeit der ganzen Lehre ergeben. Das Unrecht lebt nämlich nicht nur in der Idee; als dann würde es ausserhalb der Rechtsordnung liegen, da die letztere das äussere Leben der Rechtsgenossen umfasst. „Das Unrecht[2]) muss sich vielmehr in der Aussenwelt abgelagert haben und hierdurch mit den Zwecken und Interessen des Rechtslebens in Conflikt getreten, es muss zur That geworden sein". Thaten können aber nicht aufgehoben werden. Geschehenes lässt sich nicht ungeschehen machen. Diejenigen, welche das Recht der Nothwehr auf die Nichtigkeit des Unrechts gründen, liefern demnach keinen Beweis, dem beigetreten werden kann. Aber ihre Ansicht zeigt einen gewaltigen, für die Behandlung der Nothwehr im Rechtssystem ausschlaggebenden Fortschritt, der nicht allein darin liegt, dass sie die Rechtmässigkeit der Nothwehr anerkennt, ohne die-

---

[1]) Janka, a. a. O., S. 15.

[2]) Janka, S. 18.

selbe, wie die Anhänger Kants zu einer faktischen Gewalt[1]) zu legitimiren, sondern vor allem in dem Umstand zu erblicken ist, dass sie den Grund der Rechtmässigkeit nicht in der Noth[2]) sucht, sondern die Nothwehr als ein natürliches Recht der Persönlichkeit erachtet, das allerdings auf den falschen Begriff der Nichtigkeit des Unrechtes und dessen Folgen gestützt wird. Die rechtliche Bedeutung der Nothwehr findet demnach bei der zurückgewiesenen Auffassung ihre richtige Würdigung, aber es mangelt der genügende Beweis; solchen scheint Janka[3]) in seiner häufig erwähnten Abhandlung zu liefern[4]).

Dieser gibt eine selbsständige Entwicklung des Nothwehrrechtes, die zu einem Ergebniss gelangt, dessen Richtigkeit kaum bezweifelt werden kann. Das Recht, aufgefasst als der Gemeinwille der Rechtsgenossen, muss sich überall gegen das Unrecht, welches dem Gemeinwillen entgegentritt, bestätigen, d. h. es kann seinen Willen vor dem des Unrechts nicht beugen. Der Kampf des Rechtes gegen das Unrecht muss selbstverständlich vom Staate geführt werden; wo derselbe aber zur Abwehr des Unrechts nicht den genügenden Schutz gewähren kann, wie es bei einem widerrechtlichen, unmittelbaren Angriff auf den Einzelnen meistens der Fall sein wird, findet sich dieser Einzelne auf sich selbst angewiesen. In einer solchen Lage muss ihm das Recht, wenn es nicht sein Wesen und seinen Beruf verleugnen will,

---

[1]) Der von der Rechtsordnung eximirte Zustand würde nämlich dem ungerechten Angreifer, falls er die grössere physische Macht hätte, ebenso als dem widerrechtlich Angegriffenen zu gut kommen. (Köstlin, System des deutschen Strafrechts, S. 76).

[2]) Die Noth, genauer der Mangel genügender obrigkeitlicher Hülfe ist nicht der Grund des Nothwehrrechtes, sondern nur die Bedingung der Ausübung im Staate.

[3]) Janka, a. a. O., Seite 19 ff.

[4]) Der Vollständigkeit halber geben wir die besonderen Ansichten Abeggs und Ludens über die Rechtmässigkeit der Nothwehr kurz wieder. Nach Abegg ist gemäss der Kritik Levitas (S. 25) die Nothwehr die durch den Nothstand gerechtfertigte Eigenmacht und gewaltsame Vertheidigung gegen den Urheber des Kollisionsfalles. Luden stellt nach Janka (S. 13) dieselbe mit dem Nothstand zusammen unter den Gesichtspunkt der aufgehobenen, verbrecherischen Willensbestimmung. Abeggs Ansicht ist schon deswegen verfehlt, weil er das Recht auf die Noth stützt; aus gleichem Grund aber auch die Ludens; hier kommt noch seine heute überwundene Auffassung des Nothstandes hinzu.

die Eigenmacht gestatten. Die Nothwehr ist also ursprüngliches Vertheidigungsrecht des Menschen, das der Staat aber nur da anerkennen kann, wo seine schützende Gewalt nicht das Recht zu vertheidigen im Stande ist. Insofern kann man mit Janka die Nothwehr „ein vom Staat abgeleitetes Recht“ nennen, besonders in der Erwägung, dass überhaupt jedes Rechtsgut des einzelnen nur in soweit Rechtsgut ist, als ihm der Staat seinen Rechtsschutz verleiht. So erklärt von Buri (1878, S. 463) die Worte Jankas. Fasst man dieselben in dieser Weise auf, so verlieren die Ausführungen Hälschners (das gemeine deutsche Strafrecht S. 475) gegen die Auffassung der Nothwehr als eine ausnahmsweise gestattete Selbsthilfe für uns wesentlich an Bedeutung. Jedenfalls kann in denselben kein begründeter Vorwurf gegen die Janka'sche Entwicklung des Nothwehrrechts erblickt werden. Kann das Unrecht nicht ohne Verletzung des Unrecht Thuenden verhindert werden, so bedauert dieses Janka zwar vom allgemein menschlichen Standpunkte aus; er erblickt aber darin für das Recht keinen Zwang, die Vertheidigungswaffen hinzulegen, folgert hingegen aus diesem Zustand die Nothwendigkeit, dass das Recht eine Handlung — Verletzung des Angreifers — die es sonst verbietet, als rechtlich gestatten muss, weil sie in Ausübung des Rechtes erfolgt. Janka erkennt in seiner Beweisführung den berühmten Satz Berners[1]) an: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“, begründet denselben jedoch nicht mit der Nichtigkeit des Unrechtes, sondern mit der Stärke und Kraft des Rechtes. Er schliesst seine Abhandlung mit den Worten Iherings[2]): „Das Recht ist kein logischer, sondern ein Kraftbegriff“. Die Anschauung Jankas liefert somit eine genügende juristische und philosophische Begründung des Nothwehrrechtes. Binding[3]) macht derselben allerdings den Vorwurf, sie bedürfe der „Schuld“ des Angreifers zur Erklärnng der „Ausdehnung“ des Nothwehrrechtes. Der Vorwurf richtet sich demnach nicht gegen die Entwickelung betreffs des Nothwehrrechtes, sondern nur gegen ein Mittel, das Janka benutzt, um auf Grundlage seiner Anschauung der Nothwehr möglichst weitgehende Befugnisse einzuräumen. Die Worte Jankas, auf welche Binding seine Kritik hinweist, finden wir auch nicht in der von Janka

---

[1]) Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. S. 103.

[2]) Ihering, Der Kampf um das Recht, S. 22.

[3]) Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I.

gegebenen selbstständigen Entwickelung des Nothwehrrechts, sondern bei Besprechung der Grenzen des Nothstandes, insbesondere bei der Erörterung des Angriffes eines Unzurechnungsfähigen. Die betreffenden Worte lauten: „Die weitreichenden Befugnisse, welche die Nothwehr verleiht, rechtfertigen sich nur durch das Unrecht des Angreifers d. i. durch subjektive Widerrechtlichkeit des Angriffes. Die objektive Rechtmässigkeit des zu sichernden Zustandes — quia ad inferendam offensionem nullum jus est — allein genügt nicht". Diese Worte stehen nach Binding im Widerspruch mit der heute herrschenden Ansicht, die Quelle des Nothwehrrechtes sei das „Zu-Unrecht-Angegriffensein" [1]) des zur Eigenmacht Schreitenden; diese Worte sollen sagen: Der Angriff muss derart sein, dass der Angegriffene ihn sich nicht von Rechtswegen gefallen zu lassen braucht, während es gleichgültig ist, ob derselbe subjektiv gegen eine Norm verstösst, also ein Delikt enthält. In den weitaus meisten Fällen wird natürlich der Angriff auch subjektiv den Thatbestand einer strafbaren Handlung enthalten. Ohne Zweifel hat auch Janka bei der Entwickelung seiner Ansicht die Regel im Auge gehabt. Aber seine Worte lassen sich auch mit den Ausnahmefällen in Einklang bringen. Der Angreifer war nämlich jedenfalls nicht zum Angriff berechtigt, denn sonst würden entweder zwei Rechte [2]) miteinander streiten, also überhaupt keine Nothwehr vorliegen; oder der Angegriffene verpflichtet sein, den Angriff von Rechtswegen über sich ergehen zu lassen, so dass wieder Nothwehr ausgeschlossen wäre. Binding gibt dieses zu durch die Worte „Angriffe, die nicht Kraft Rechtswillens wider die Rechtsordnung gemacht werden". War der Angreifer aber nicht zu dem Angriff befugt, so hat er denselben offenbar widerrechtlich herbeigeführt, wenn auch vielleicht ohne Absicht und ohne sich einer strafbaren Handlungsweise schuldig zu machen; denn zwischen Recht und Unrecht gibt es keinen Zustand. In diesem Sinne ist zur Begründung der Nothwehr immer die Schuld des Angegriffenen nöthig. Dass Janka seine Worte so verstanden wissen will, lässt sich nicht mit Sicherheit nachweisen, doch spricht dafür die Anführung der Bemerkung Boehmers, [Obs. ad. Carpzow. quaest. 20 No. 26], die auch nur hervorhebt, dass der Angreifer kein Recht zu seiner Handlung gehabt hat, hingegen nicht ein Verschulden

---

1) Eigenes Wort Bindings.

2) Die von Binding angeführten Fälle gehören nach unserer Ansicht nicht in das Gebiet der Nothwehr.

— im gewöhnlichen Sinne des Wortes — fordert. Janka scheint mir zu den angegebenen Worten hauptsächlich dadurch veranlasst zu sein, dass er die Nothwehr gegen einen Unzurechnungsfähigen ausschliesst. Da ein Unzurechnungsfähiger nur „äusserlich" gegen das Recht verstossen kann, so hob Janka die „subjektive" Widerrechtlichkeit des Angriffes zur Begründung der Nothwehr hervor, um dieselbe gegen Unzurechnungsfähige mit Recht ausschliessen zu können. Janka liess sich hier, wie viele Neuere, verleiten, einen dringenden Wunsch zu einem Rechtssatz zu erheben. Jedoch, wenn auch unser Versuch, die Worte Jankas mit der sogenannten objektiven Theorie in Einklang zu bringen, nicht als geglückt bezeichnet werden sollte, so ist darum immer noch nicht Jankas Begründung des Nothwehrrechts zu verwerfen. Janka stützt das Nothwehrrecht auf die Kraft des Rechtes. Diesen Grundsatz haben wir als den unserigen anerkannt. Mit demselben steht die objektive Theorie nicht im Widerspruch. Jeder ungerechte Angriff, ob verschuldet oder nicht, ob strafbar oder straflos, befugt die Rechtsordnung, wenn nöthig, den Betroffenen zur Gegenwehr. In einem solchen Falle können wir auch nur bedauern, dass das Recht sich nicht ohne Verletzung des unabsichtlich Unrecht Thuenden Geltung verschaffen kann, aber darin keinen Grund erblicken zur Niederlegung der Vertheidigungswaffen. Sollte demnach Janka seine Worte nicht in dem Sinne gesprochen haben, den wir soeben erörterten, so glaubte derselbe auf Grundlage seiner Anschauung zur Ausdehnung seines Nothwehrrechtes ein Moment nöthig zu haben, das nicht erforderlich ist. Diesem Irrthum würden wir selbstverständlich nicht beitreten.

An dieser Stelle darf nicht unerwähnt bleiben, dass die neueste Doktrin[1]) häufig davon absteht, eine innere Begründung der Nothwehr zu geben und sich mit der einfachen Angabe begnügt, es habe ein Recht derselben zu allen Zeiten bestanden, oder nur die Behauptung aufstellt, ein solches beruhe auf der naturalis ratio. Der Grund des Verzichtens auf eine innere Erfassung ist in der Methode der streng historischen Schule zu suchen. Es ist hier nicht der Ort, die Vorzüge der historischen und der philosophischen Methode gegen einander abzuwägen, aber auf keinem Gebiete des Strafrechtes scheint mir die Rechtsphilosophie so am Platze zu sein, wie in der Lehre von der Nothwehr, wo man gleichsam unwillkürlich dazu aufgefordert wird,

[1]) vgl. v. Liszt, a. a. O., § 32.

durch Vernunftgründe das Wesen der merkwürdigen Erscheinung zu erfassen, dass eine an und für sich rechtswidrige Handlung straflos bleibt. Geschickt macht Berner (Archiv 1848, S. 555) darauf aufmerksam, dass das positive Recht selbst auf eine philosophische Begründung der Nothwehr hinweist. Er führt zum Beleg die römischen Rechtssätze an: „Vim vi repellere licet, idque jus natura comparatur". „Vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt". Siehe auch Seeger (a. a. O., S. 359) gegen Zoepfl. Selbstverständlich muss das Ergebniss einer philosophischen Begründung mit der Idee, welche der geschichtlichen und nationalen Auffassung des betreffenden Rechtsverhältnisses zu Grunde liegt, im Wesentlichen übereinstimmen. Zwischen der philosophischen Begründung eines Rechtsverhältnisses und seiner Entwicklung in der Gesetzgebung muss in der Beziehung Einklang bestehen, dass die Abweichungen des positiven Rechtes von der aufgestellten Begründung in der Geschichte selbst ihre Rechtfertigung finden. Allerdings ist die Gefahr nicht in Abrede zu stellen, dass auf diese Weise häufig dem vertretenen philosophischen Standpunkt zu liebe dem positiven Recht Gewalt angethan wird. Als ein solcher Gewaltakt muss vor allem der Versuch Geyers, seine Idee von der Vergeltung auch an Hand der geschichtlichen Entwickelung der Gesetzgebung zu begründen, bezeichnet werden. Unserem Resultat wird ein solcher Vorwurf gemäss der herrschenden Ansicht ohne Zweifel erspart bleiben; soweit nöthig, wird in der engeren Behandlung unserer Frage der Beweis hierfür erbracht werden.

Bevor wir dazu übergehen, die verschiedenen Ansichten der Wissenschaft zu unserer Hauptfrage des Näheren zu betrachten, mögen noch einige Worte über die Berechtigung der bisherigen Abhandlung im Rahmen der gestellten Arbeit vorangeschickt werden. Erfüllt dieselbe zunächst die unerlässliche Aufgabe, das Wesen und die Natur des Rechtsverhältnisses darzuthun, über dessen Bedingungen in einer bestimmten Weise Erörterungen anzustellen sind, so bietet sie in unserem besonderen Falle gleichzeitig eine breite Grundlage für die Beantwortung der zu lösenden Frage. Dadurch, dass wir das Wesen der Nothwehr als ein rechtliches anerkannt haben, müssen wir dieses Nothwehrrecht auch in seinem vollkommensten Umfang auffassen und zulassen, jede Einschränkung desselben aber als einen Verstoss gegen das Recht entschieden zurückweisen, während diejenigen, welche die in der Nothwehr verübte Handlung nur als straf-

los bezeichnen, und die Nothwehr zu einem singulären und exceptionellen Rechtsverhältnisse stempeln, die Zulässigkeit derselben möglichst beschränken müssen. Durch diesen Satz haben wir schon unsere Antwort auf die Frage, ob der widerrechtlich Angegriffene gehalten sei, zu fliehen, gegeben. Sehen wir nämlich in der Ausübung der Nothwehr ein Recht, so können wir, ohne das Recht selbst zu vernichten, dem rechtswidrig Angegriffenen nicht gebieten, sich durch die Flucht der Vertheidigung dieses Rechtes dem gegenüber zu entziehen, der ihm dasselbe schmäleren oder gar nehmen will[1]). Von diesem Standpunkt aus, den, wie bereits hervorgehoben wurde, die neueste und herrschende Doktrin einnimmt, und dem vor allem die energische Vertheidigung Berners und Levitas diesen Sieg errungen haben, lässt es sich durchaus nicht verstehen, dass Rechtslehrer wie z. B. Henke[2]) und besonders Heffter, in deren Sinn das geflügelte Wort Berners: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen", gesprochen ist, und die, wenn auch unter einander von verschiedenen Gesichtspunkten ausgehend, in der Nothwehr ein Recht zur Vertheidigung des widerrechtlich Angegriffenen erblicken, von dem Benöthigten verlangen, dass er vor dem ungerechten Angreifer fliehe. Die von ihnen hinzugefügte Einschränkung, der Angegriffene könne Stand halten, sobald die Flucht die Ehre verletzen würde, vermag aber nicht eine tiefe Kränkung eines starken und lebendigen Rechtsgefühls zu beseitigen. Dass der Rückzug des Angegriffenen auch ohne jede Gefahr sein müsse, wird ebenfalls hervorgehoben; aber solches nur zu erwähnen, scheint mir bedenklich zu sein: denn das Verlangen einer gefährlichen Flucht würde, ganz abgesehen von der in dieser Forderung liegenden thatsächlichen Begünstigung des Verbrechers, dem Erforderniss der Unthunlichkeit der Flucht schlechthin beinahe gleichkommen. Auch erzeugt nach unserer Ansicht jede Flucht eine gewisse Gefahr. Der Fliehende wird nämlich in den meisten Fällen damit zu rechnen haben,

---

[1]) Zur Vermeidung von Missverständnissen verweisen wir auf unsere Ausführungen gegen Binding.

[2]) Wir glauben, dieses auch von Henke behaupten zu dürfen, obwohl er sein Handbuch des Criminalrechts bedeutend früher herausgab (1823), als Berner in der Entwickelung der Nothwehrtheorie den angeführten Satz aufstellte (1848), weil er im Gegensatz zu der damaligen Zeitströmung für die freiere Auffassung der Nothwehr entschieden auftrat.

dass er gerade durch die Flucht den Angreifer in seinem verwegenen Vorhaben ermuthigen und so die drohende Gefahr vielleicht vergrössern werde. Diese Erwägung zeigt wenigstens für die Regel die Unhaltbarkeit der Unterscheidung zwischen gefährlicher und ungefährlicher Flucht in der Praxis und gestaltet die Forderung der Unmöglichkeit einer ungefährlichen Flucht zu einer theoretischen. Aber schon die Untersuchung, ob im konkreten Falle die Flucht überhaupt ergriffen werden konnte, wird meistens zu einem negativen Ergebniss gelangen. Der Richter hat bei einer diesbezüglichen Feststellung, wie allgemein gefordert wird, auf die Beschaffenheit des bestimmten Falles und die Gemüthsverfassung des Angegriffenen im Augenblicke der Gefahr die weitgehendste Rücksicht zu nehmen. Bei Erfüllung dieser Pflicht wird der Richter unbedingt wahrnehmen, dass der widerrechtlich Angegriffene in Folge seiner ohne Zweifel aufgeregten Gemüthsstimmung gewöhnlich nicht im Stande ist, genau abzuwägen, ob er sich durch die Flucht retten könne, er wird im Gegentheil erkennen, dass der Bedrohte von dem richtigen Gefühl geleitet, die Flucht könne seine Lage leicht verschlimmern, vor allem auf seine Vertheidigung bedacht gewesen ist. Aus diesem Gesichtspunkt möchte ich die Forderung der Unthunlichkeit der Flucht als Voraussetzung der Nothwehr ohne alle Rücksicht auf die etwa mit derselben verbundenen Gefahr in der Praxis für beinahe überflüssig erachten. Diese Beweisführung kann jedoch keinen Anspruch auf unangreifbare Richtigkeit machen, da Ausnahmen zugegeben werden müssen; aber sie zeigt jedenfalls, dass selbst eine Rechtsprechung, welche das Recht der Nothwehr nicht anerkennt, nur höchst selten die Berufung auf Nothwehr abweisen kann mit der Begründung, der Bedrohte habe sich durch ungefährliche Flucht dem Angriffe entziehen können.

Die Ansicht der Criminalisten, welche das Recht der Nothwehr vertheidigen, und dennoch unter den Bedingungen derselben das Erforderniss der Unmöglichkeit einer unschimpflichen und ungefährlichen Flucht aufstellen, ist bereits als sich selbst widersprechend bezeichnet worden. Die Begründungen der betreffenden Rechtslehrer lassen auch wenigstens zum Theil durchblicken, dass dieselben diesen Widerspruch selbst gefühlt haben.

Henke[1]) fasst seine Meinung in folgenden Satz zusammen: „Nur derjenige ist wegen Beschädigung seines Gegners strafbar, dem

[1]) Henke, a. a. O., S. 218.

ein völlig anständiger Rückzug ohne allen Nachtheil und Schaden offen stand, wie wohl zur Milderung seiner Strafe gereichen muss, dass er dazu durch einen ungerechten Angriff gereizt und auf strafbare Weise in eine heftige Gemüthsbewegung versetzt worden ist". Grade dieser Umstand, dass Henke, obwohl er für seine Forderung der Flucht Voraussetzungen aufstellt, die in der Wirklichkeit den Angegriffenen nur höchst selten die Pflicht zu weichen auferlegen werden, dennoch glaubt, besondere Strafmilderungsgründe im Falle des Nichterfüllens seiner Forderung anführen zu müssen, zeigt nur zu deutlich, wie dieser selbst die Härte fühlt, die darin liegt, dass der Bedrohte vor dem widerrechtlichen Angreifer das Hasenpanier ergreifen soll, auf dass ja dem Letzteren kein Leids geschehe. Bei Heffter[1]), der den berühmten Satz: „Die Selbstvertheidigung ist das letzte Recht des Individuums, mit dessen Aufhebung es überhaupt gar kein Recht der Personen weiter geben würde", leider in unvereinbarem Gegensatz mit dem Verlangen der Flucht ausgesprochen hat, vermissen wir eine Begründung dieser Forderung. Er begnügt sich auf Art. 140 der Carolina hinzuweisen, dessen Kritik der späteren geschichtlichen Abhandlung vorbehalten sein soll.

Die Unmöglichkeit einer unschimpflichen und ungefährlichen Flucht heben als eine Bedingung der Nothwehr ferner noch Jarke[2]), Köstlin[3]), Marezoll[4]) Martin[5]) ausdrücklich hervor. Diese erkennen sämmtlich das Nothwehrrecht an, verfallen aber in den bezeichneten Widerspruch dadurch, dass sie dasselbe wahrscheinlich aus falschem Mitleid zu dem widerrechtlich Angreifenden nur als ein subsidiäres Vertheidigungsmittel gelten lassen, d. h. allein unter der Bedingung, dass die Gefahr auf andere Weise als durch die verletzende Handlung nicht abgewandt werden kann. Von dem Standpunkt aus, den wir entwickelt haben, fällt dagegen die gewaltsame Abwehr des Angreifers nur dann nicht unter den Begriff der Nothwehr, wenn der Staat, der berufene Streiter gegen dass Unrecht, durch sein Einschreiten, genügenden Schutz gewähren konnte. Daher ist die erwähnte Einschränk-

---

1) Heffter, a. a. O., §§ 42, 43.

2) Jarke I, 151 (citirt nach Geyer, S. 36).

3) Köstlin N., Revision, S. 715, dessen Aenderung in seiner Ansicht siehe später.

4) Marezoll, gemeines Criminalrecht, S. 90.

5) Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminalrechts, § 45.

ung der Nothwehr mit der wahren rechtlichen Bedeutung derselben unvereinbar. Vor allem aber soll das falsche Mitleid mit dem Angreifenden bekämpft werden, da gerade dieses in die Lehre so viel Verwirrung hineingetragen hat[1]). Hier gilt es einfach festzuhalten, dass der, welcher jemanden widerrechtlich angreift, dieses auf seine Gefahr thut und gewärtig sein muss, von dem Angegriffenen mit Gewalt und selbst mit der äussersten, zurückgetrieben zu werden. Auch erinnern wir an die alte Regel des Pomponius[2]): quod[3]) quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.

Kehren wir nochmals zur Ansicht derer zurück, welche die Nothwehr auf die Fälle beschränken, in denen die Abwendung der drohenden Gefahr allein durch die eigenmächtige Verletzung des Angreifers bewerkstelligt werden kann, und geben wir einmal zu, diese engherzige Auffassung sei begründet, so würden wir trotz dieser Unterstellung uns doch nicht der Forderung, „bei Möglichkeit zu fliehen", anschliessen können. Der von uns zu erbringende Beweis richtet sich gleichzeitig gegen die Rechtslehrer, welche die im Zustande der Nothwehr verübte Verletzung nur als straflos bezeichnen, und infolge dessen die angeführte Beschränkung mit vollem Recht verlangen[4]), obschon wir die Anhänger dieser Richtung nicht mehr zu berücksichtigen brauchten, da die Unrichtigkeit ihrer Auffassung betreffs des Wesens der Nothwehr nothwendig dieselben veranlasst, irrige Bedingungen derselben aufzustellen. Für uns spricht das Wort „Nothwehr" selbst. Nothwehr ist Wehr in einer Noth d. h. wie Geyer gleich bei Beginn seiner Abhandlung hinzufügt, Abwehr einer Bedrohung von Rechten. Diese Abwehr darf, so müssen jene sagen, nur dann eigenmächtig von Angegriffenen vorgenommen werden, wenn die Anwendung anderer Mittel zu diesem Zweck, z. B. Aufsuchen der

---

[1]) Zur Kennzeichnung des „falschen Mitleides" werde z. B. Breidenbach genannt (Commentar zum hessischen Gesetz, S. 615). Dieser geht in seiner Rücksichtnahme auf den Angreifer soweit, dass er von dem Angegriffenen verlangt, wenn er Grund habe anzunehmen, dass der Angreifende sich in der Person irre, dieses Missverständniss aufzuklären. (Nach Levita, a. a. O., S. 239).

[2]) D. 50, 17 de R. J. l. 203.

[3]) Dieses Mitleid ist nur bei dem Angriff eines Unzurechnungsfähigen (ev. auch eines Fahrlässigen) angebracht; doch auch hier darf dasselbe nicht zu den bekämpften Folgen Veranlassung geben.

[4]) Also in erster Linie gegen Geyer.

staatlichen Gewalt, Anrufen der Hilfe dritter Personen unmöglich war. Zu diesen Mitteln auch die Möglichkeit der Flucht zu rechnen, widerspricht aber den Begriffen „Abwehr“ und „Flucht“; denn die letztere ist doch nicht geeignet, einen Angriff „abzuwehren“. Von dem, der sich dem Angriffe durch die Flucht entzieht, kann unmöglich behauptet werden, er wehre denselben ab, er vertheidige sich gegen ihn. Die Nothwendigkeit der Vertheidigung ergibt sich aber schon aus dem Dasein des rechtswidrigen Angriffes. Dieses hat Schütze[1]) vollkommen richtig erkannt und die Nothwehr ausgeschlossen, wenn ein nicht verletzendes und vollkommen ausreichendes Abwendungsmittel zur Hand und dem Angegriffenen bekannt war, jedoch mit der Hinzufügung, dass . . . . zu flüchten, wenn er angegriffen wird, niemand verpflichtet ist. Aus den letzten Worten Schützes glaube ich noch ein weiteres, wichtiges Moment für die Rechtfertigung unserer Ansicht herauszuhören. Die Flucht kann nach seiner Meinung schon deshalb nicht gefördert werden, weil, um die Bemerkung des Bartolus[2]) zu wiederholen, das „fugare“ selbst an sich eine „iniuria“ ist. Diese Erwägung sollte allein den Gesetzgeber davor behüten, von dem widerrechtlich Bedrohten die Flucht zu verlangen. Mit vollem Recht macht infolgedessen Berner[3]) seine Bedenken vom legislativen Standpunkt gegen die Forderung der Flucht auf das entschiedenste geltend, und ebenso treffend bemerkt Schütze[4]), ein Staat, welcher Davonlaufen fordern wollte, wünsche Staatsbürger, die Memmen sind.

Unser Standpunkt, dass niemand gehalten ist, durch die Flucht sich einem wiederrechtlichen Angriffe zu entziehen, selbst wenn er solches ohne Gefahr und Schande könnte, findet ferner eine wesentliche Stütze in dem „Recht der freien Bewegung“, das mit überzeugender Schärfe besonders von Berner und Levita vertheidigt wird[5]). Hierbei scheinen dieselben den Italienern zu folgen, bei denen wir diesen Gesichtspunkt als ausschlagendes Moment für die Lösung unserer Frage stark ausgeprägt finden[6]). Um das Recht der freien Bewegung

[1]) Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 110.

[2]) Bartolus zu cst. 1 c. Unde vi, VIII, 4 (citirt nach Seeger, S. 403).

[3]) Berner, Archiv 1848, S. 578.

[4]) Schütze, a. a. O., S. 110, Anm. 14.

[5]) Das „Recht der freien Bewegung“ zieht sich wie ein rother Faden durch die Abhandlungen der Angeführten.

[6]) Das Nähere siehe in der geschichtlichen Abhandlung.

verstehen zu können, müssen wir die ausserhalb unserer Arbeit liegende Frage kurz berühren, zur Vertheidigung welcher Rechte dem Angegriffenen die von uns schon häufig charakterisirte Eigenmacht gestattet ist. Haben wir bisher mit Fleiss das Recht des Bedrohten hervorgehoben, den ungerechten Angriff von sich abzuwehren, so durften wir es für unseren Zweck unterlassen, diesen Angriff näher zu bestimmen, d. h. anzugeben, welche Interessen derselbe verletzen müsse, um die gegen denselben vorgenommene Vertheidigung als Nothwehr zu rechtfertigen.

In dieser näheren Bestimmung des Angriffes weichen die Meinungen der Doktrin wiederum von einander ab. Während diejenigen, welche die wahre rechtliche Bedeutung der Nothwehr anerkennen, jedem Eingriff in die Rechtssphäre eines andern die verlangte Eigenschaft beilegen, gestatteten die älteren Criminalisten die Nothwehr nur gegen Körperverletzung oder körperliche Ueberwältigung bezweckende Handlungen[1]). Wenn auch eine soweit gehende Einschränkung heute allerdings von niemanden mehr gefordert wird, so ist die Beantwortung der Fragen, ob z. B. Nothwehr gegen Angriffe auf die Ehre, den guten Leumund und dass Vermögen gestattet sei, auch heute in der Wissenschaft keine gleichmässige[2]). Auf diese Meinungsverschiedenheiten näher einzugehen sind wir in Anbetracht unserer Aufgabe, das Recht der freien Bewegung zu erörtern, dadurch überhoben, dass allgemein die Berechtigung der Nothwehr anerkannt wird gegen einen Angriff, der Gefahr für die Person, d. h. Leben, Integrität und Freiheit erzeugt. Unter dieser Gefahr der Person ist auch die Gefährdung der freien Bewegung zu verstehen; denn ohne Zweifel steht dem Menschen das Recht zu, sich dahin zu begeben, wohin es ihm gut dünkt, soweit natürlich berechtigte Interessen eines anderen dadurch nicht gekränkt werden. Das Recht der freien Bewegung hört aber offenbar auf ein Recht zu sein, wenn seinem Träger nicht allein die Vertheidigung gegen rechtswidrige Angriffe genommen wird, sondern sogar die Pflicht auferlegt wird, die freie Bestimmung seiner Bewegung zu Gunsten dessen, der ihn hierbei unbefugter Weise stört,

---

1) Hieraus erklärt sich die Gepflogenheit der älteren Rechtslehrer, die Lehre von der Nothwehr im Anschluss an die Tödtung zu besprechen; so auch noch im code pénal.

2) Die neueste Doktrin und Gesetzgebung dringt zu der gekennzeichneten weitesten Auffassung durch.

durch Ergreifen der Flucht aufzugeben. Diese Beweisführung auf Grund des Rechtes der freien Bewegung hat besonders Geyer, in dem wir überhaupt unseren entschiedensten Gegner erblicken, zu bekämpfen versucht. Er erinnert in seiner Entgegnung[1]) an die tausendfachen Einschränkungen der freien Bewegung, welche der Verkehr mit anderen Menschen nothwendig macht. Ein solcher Hinweis ist für uns überflüssig. Der freien Bewegung haben wir die nöthige Grenze durch die Erforderniss gesetzt, dass schutzbedürftige Interessen eines andern durch dieselbe nicht gefährdet werden dürfen. Nur der Fall ist ins Auge zu fassen, wo die Beeinträchtigung der freien Bewegung eine widerrechtliche ist. Hier verlangen wir Anerkennung des Satzes: Mein Recht soll nicht durch das Unrecht eines anderen beschränkt werden. Sofort ist aber Geyer mit der Einrede bei der Hand „Allerdings nicht durch sein Unrecht, aber durch seine Rechte. Um dieser Erwiderung erhöhte überzeugende Kraft zu verschaffen, knüpft er die Frage an: Ist denn jener durch die Drohung mir gegenüber vogelfrei geworden? Auf diese Frage soll später zurückgekommen werden; nur glauben wir gleich bemerken zu müssen, dass der in derselben liegende Vorwurf[2]), die vertheidigte Ansicht nähere sich der Fichte'schen Exemtionstheorie, uns infolge der entschiedenen Stellungnahme gegen dieselbe kaum treffen kann. Bei dieser Gelegenheit wollen wir ausserdem darauf aufmerksam machen, dass Geyer mit seiner scheinbar echt sittlichen Forderung unschimpflicher und ungefährlicher Flucht — eine solche ist nämlich unter der Beschränkung, die man sich gefallenlassen müsse, zu verstehen — und seiner Rechtfertigung derselben durch die Rechte des Angreifers zwar den Verbrecher vor einem etwaigen Uebel schützt, aber leider nicht ohne den Angegriffenen empfindlich zu verletzen; denn, wie wir oben gezeigt haben, fügt er durch die Forderung der Flucht dem Bedrohten eine injuria zu. Dadurch, dass Geyer von dem widerrechtlich Angegriffenen verlangt, sich „dass in die Flucht geschlagen werden" gefallen zu lassen, fordert er von diesem, eine Uebelthat ohne Gegenwehr zu erleiden, fügt ihm demnach mit dieser Forderung gleichsam selbst eine Uebelthat zu. Der Ausdruck „in die Flucht schlagen", weist schon selbst auf eine Uebelthat hin. Geyer vertauscht demnach in nicht zu rechtfertigender Weise die Rollen des Angegriffenen und des Angreifers. Wenn

[1]) Geyer, a. a. O., S. 35 ff.

[2]) Geyer folgert diesen Vorwurf selbst ausdrücklich (S 35).

nämlich einem von beiden eine Verletzung seiner Rechte widerfahren muss, so ist es billig, dass dieselbe denjenigen treffe, der durch sein Verschulden[1]) jene Alternative herbeigeführt hat. Der weiteren Einwendung Geyers; „Wenn in dieser ‚freien Bewegung' eine Rechtsverletzung liegt, wer gibt denn das Recht zu ihr"? wird am einfachsten die Frage entgegengehalten: Wer gibt jemanden das Recht, die freie Bewegung eines andern ohne Grund zu stören? Geyers[1]) kühne Behauptung: „Ein absolutes Recht der freien Bewegung gibt es nicht" dürfte wohl zur Genüge widerlegt sein. Nur sind wir noch Antwort schuldig auf die von ihm aufgeworfene Frage, ob der Verbrecher durch seine Drohung dem Angegriffenen gegenüber vogelfrei geworden sei? Diese Frage enthält einen so gewaltigen Vorwurf gegen die von uns vertretene Anschauung über das Recht der Nothwehr, dass wir denselben nicht unbeachtet lassen dürfen, selbst auf die Gefahr hin, das Gebiet unserer Aufgabe ein wenig zu verlassen. Man hat nämlich aus gleichem Grunde, der Geyer Veranlassung zu der erwähnten Frage gegeben hat, unsere Ansicht eine Totschlagsmoral[2]) genannt und diese Bezeichnung damit begründet, dass die Consequenzen derselben (unserer Ansicht) das Nothwehrrecht zu einem absolut mass- und schrankenlosen gestalteten und zu einem modernen Faust- und Fehderecht führten. Diese Kritik beruht auf einem Verkennen unserer Lehre. Wir fordern mit Levita[3]) die Anerkennung des Rechtes der Persönlichkeit, verlangen aber für dieselbe nicht die Gestaltung einer unbedingten Willkür, die den Angegriffenen zum Herrn über Leben und Tod seines Angreifers machen würde. Die Nothwehrhandlung hat im Gegentheil ihren mächtigen Regulator in der Grösse der Gefahr, d. h. mit anderen Worten: die Gewalt zum Zwecke der Vertheidigung muss im Verhältniss stehen zur Grösse der Gefahr, nämlich der Möglichkeit die ruhige Innehabung eines Rechtes zu verlieren[4]).

Aber gerade dieses Merkmal gerechter Nothwehr wird von den Gegnern in Bezug auf unsere Hauptfrage ausgenutzt. Wiederum ist

---

1) Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, § 20, 4.

2) Geyer, Grundriss, z. V., spricht im § 20 von der „altbekannten Todtschlagsmoral".

3) Levita, S. 42.

4) Dieses ist auch insbesondere von Buri vorzuhalten bezüglich seiner Aeusserungen gegen Janka (Gerichtssaal 1878, 2).

es Geyer[1]), der glaubt, uns an einem schwachen Punkt fassen zu können, und in dieser Absicht folgenden Schluss zieht. Wenn zugegeben wird, dass, wo gelinde Mittel zur Abwehr genügten und dennoch härtere angewandt wurden, ein strafbarer Excess der Nothwehr vorliegt[2]), so ist, wenn zur Abwehr ein Mittel genügt, das keine Rechtsverletzung enthält, die vermeintliche Nothwehr eine tutela deculpata. Geyer fügt hinzu, der Schluss des ersten Satzes auf den zweiten sei so nothwendig, dass es unbegreiflich wäre, wie Berner und Levita den einen adoptiren und den andern so entschieden verwerfen könnten. Die beiden genannten werden auch sicher nicht bezweifelt haben, dass dieser Schluss an sich folgerichtig ist, aber sie konnten durch denselben nicht von der Rechtmässigkeit der Forderung der Flucht überzeugt werden, weil die Flucht weder ein Mittel zur Abwehr sein kann noch eine nicht rechtverletzende Handlung ist.

Eine ähnliche Beweisführung, wie die eben geschilderte Geyers finden wir auch bei Seeger[3]), der sich über unsere Frage keine bestimmte Meinung gebildet hat. Seeger, mit dem hinsichtlich dieses Punktes von Buri[4]) zu vergleichen ist, kann sowohl als Gegner, wie Anhänger unserer Ansicht betrachtet werden[5]). Beide geben uns der Hauptsache nach Recht, dass nämlich der Angegriffene nicht verpflichtet sei, die Flucht der Nothwehr vorzuziehen. Aber sie offenbaren eine gewisse Aengstlichkeit, diesen erkannten Grundsatz durchzuführen, wahrscheinlich aus Scheu, zu den Anhängern der Totschlagsmoral gerechnet zu werden. Sie protestiren gegen ungehörige Uebertretung und sprechen von einem unbedingt zu fordernden Ausweichen, das der Flucht sehr ähnlich sehen könne. Zu diesem Zweck führen sie Beispiele an, in denen die Klugheit gebietet, eher ein paar Schritte auszuweichen, als Stand zu halten und sich in einen mehr oder minder heftigen Streit einzulassen. Diese Beispiele gehören jedoch, soweit sie überhaupt im Bereiche der Wirklichkeit gedacht werden können, zum grossen Theil nicht auf das Gebiet der Nothwehr und lassen ein Verkennen des Rechtes der freien Bewegung durchblicken. Dasselbe

---

[1]) Geyer, Lehre von der Nothwehr, S. 35.

[2]) Dieser Schluss ergibt sich naturgemäss aus dem geforderten Verhältniss der Vertheidigung zur Grösse der Gefahr.

[3]) Seeger, a. a. O., S. 405.

[4]) von Buri, a. a. O., S. 468.

[5]) Wir rechnen dieselben natürlich zu unsern Gegnern.

ist natürlich im idealsten Sinne für die Praxis nicht durchführbar, sondern es muss den realen Verhältnissen angepasst werden. Wenn ich z. B. einem Angetrunkenen, der auf mich zukommt, ausweiche, so leiste ich dadurch weder Verzicht auf mein Recht der freien Bewegung, noch kann ich durch dieses Verhalten einer Handlung bezichtigt werden, die der Flucht ähnlich sieht; denn es liegt kein widerrechtlicher Angriff im wahren Sinne des Wortes vor; ich erfülle nur ein Gebot der Klugheit. Die Verwechselung von dem, was die Klugheit gebietet, und dem, was das Recht erheischt, ist überhaupt Seeger und von Buri vorzuwerfen. Ihre Erörterung zeigt allerdings, wie es in manchen Fällen vortheilhafter und vielleicht auch wünschenswerther ist, auszuweichen als Stand zu halten, aber dieselbe erbringt nicht den Beweis, dass jemand, der trotzdem bleibt, gegen das Recht verstösst. Dieser Beweis hätte zur Widerlegung unserer Ansicht unbedingt erbracht werden müssen. Wir erinnern daran, dass die Nothwehr keine Pflicht, sondern nur ein Recht ist. Richter und Michelet gehen allerdings irrigerweise soweit, die Nothwehr eine Pflicht zu nennen (nach Levita, a. a. O., S. 29). Auch Seeger und von Buri könnten deshalb die Worte, welche Levita[1]) der Behauptung Hufnagels[2]) und Breidenbach[3]) entgegensetzt, dass eine solche[4]) Bestimmung des Gesetzbuches die Forderungen der Moral mit der höchsten Achtung des Rechtes verbindet, wenn auch weniger empfindlich erwidert werden: „Die Klugheit mag es wohl gebieten, seine bedrohte Person oder Sache dem drohenden Angriff des anderen zu entziehen, wenn es ohne Gefahr geschehen kann, allein eine Forderung echter Sittlichkeit vermögen wir darin nicht zu erblicken, dass man vor einem Nichtswürdigen, der unsere Rechte bedroht, zurückweichen solle, noch weniger aber eine Forderung des Rechtes, in welchem eine solche Hemmung der freien Bewegung der Persönlichkeit vielmehr in keiner Weise gerechtfertigt werden kann".

Durch die bisherige Erörterung haben wir die beiden Hauptrichtungen der Doktrin über unsere Frage in ihren wichtigsten Vertretern gekennzeichnet. Es erübrigt uns daher nur noch, auf die oben angeführten besonderen Anschauungen einzugehen. Die Begründung

---

1) Levita, a. a. O., S. 238, 239, Anm. 78.

2) Hufnagel, Commentar zum Württemb. Gesetz I, S. 222.

3) Breidenbach, a. a. O., § 615 (2 u. 3 citirt nach Levita, S. 238).

4) Die Forderung der Flucht.

unserer Antwort auf die gestellte Frage gestattet uns, von einer eingehenden Untersuchung dieser besonderen Ansichten, welche sich an die bekämpfte Hauptrichtung anlehnen, Abstand zu nehmen. Zunächst wenden wir uns denen zu, welche, wie wir bereits bei Beginn der Abhandlung bemerkten, ihre Ansicht dadurch wesentlich beeinträchtigen, dass sie von derselben zu Gunsten gewisser Stände eine Ausnahme eintreten lassen und diese von der Pflicht, bei Möglichkeit eine ungefährliche und unschimpfliche Flucht der Nothwehr vorzuziehen, unter allen Umständen entbinden. Eine derartige Ansnahme ist heute unmöglich, da unsere Rechtsprechung von dem obersten Grundsatz geleitet wird, vor dem Rechte sind alle gleich. Die erwähnte Bevorzugung gewisser Stände, die bereits von Carpzow[1]) bekämpft wird, ist in letzter Zeit nur noch von Grettenauer[2]) vertheidigt worden. Dieser dispensirt die Militärs, Adeligen und alle über die mittlere Bürgerklasse erhobenen Standespersonen unbedingt von der Pflicht zu fliehen, während er sonst, wenn ein völlig anständiger Rückzug ohne alle Gefahr, Nachtheil und Schaden der Angegriffenen möglich ist, den Widerstand für blosse Tollkühnheit und Uebermuth hält. Es genügt die Ansicht Grettenauers angeführt zu haben, um zu zeigen, wie engherzig und veraltet dieselbe ist. Niemand wird heute wagen solche Unterscheidungen für die Rechtsprechung aufzustellen.

Für unsere Ansicht kommen glücklicherweise diese in der Praxis durchaus[3]) undurchführbaren Standesunterschiede nicht in Betracht, denn wir haben die Berechtigung jedes einzelnen, sich gegen rechtswidrige Angriffe zu vertheidigen, wie München[4]) sagt, nicht in der

---

[1]) Carpzow (quaest. 30 nr 59) ist nicht unserer Ansicht, dass die Forderung der Flucht stets zu verwerfen sei, aber er wendet sich mit Recht gegen die Geltendmachung der Standesunterschiede. Et certe non video, cur nobiles et milites aeque non debeant imitari exemplum Christi perinde ac reliqui homines Christiani, qui in omnibus, quantum ipsis possibile est, Salvatoris sui vestigiis insistere student.

[2]) Grettenauer, Lehre von der Nothwehr, S. 146 ff., (hauptsächlich nach Levita, a. a. O., S. 240, angeführt).

[3]) Wir erinnern nur an die missliche Lage, in welche die Reserveoffiziere auf Grund der Grettenauerischen Theorie kommen würden, denen die gleiche Handlungsweise heute, wo sie die Uniform tragen, als ein gutes Recht, und morgen, nachdem sie die Uniform abgelegt haben, als ein „tollkühnes“ Vergehen ausgelegt werden müsste.

[4]) München, a. a. O., S. 69.

Meinung der Menschen über Schimpf und Ehre, sondern in der Persönlichkeit selbst[1]) begründet gefunden.

Nach der Kritik dieser gänzlich aufgegebenen Anschauung, welche gewissen Personen bevorzugte Rechte einräumt, haben wir nur noch den Standpunkt der Schriftsteller zu erörtern, die in dem Nichtergreifen einer ungefährlichen und unschimpflichen Flucht blos eine Ueberschreitung des an sich begründeten Rechtes erblicken. Diese Richtung stützt sich auf Feuerbach und ist unter den neueren Criminalisten in erster Linie durch Köstlin[2]) vertreten. Die Bemerkung Levitas[3]), dass beinahe alle Neueren seit Feuerbach diesen Standpunkt vertheidigen, beruht offenbar auf einem Irrthum. Zum Verständniss dieser Lehre gehen wir mit einigen Worten auf den Begriff „Excess der Nothwehr" ein. Die im Zustand der Nothwehr zum Zwecke der Vertheidigung erlaubte Gewalt muss laut unserer Erörterung im Verhältniss stehen zur Grösse der Gefahr. Jede Ueberschreitung dieses Maasses wird als Excess der Nothwehr bezeichnet. Diejenigen, welche im Nichtergreifen der Flucht einen solchen Excess erblicken, kommen wahrscheinlich durch folgenden Schluss zu dieser Ansicht. Wenn eine Ueberschreitung der Nothwehr für die Fälle anzunehmen ist, wo eine geringe Verletzung des Angreifers zur Abwehr genügt hätte und dennoch eine empfindlichere zugefügt wurde, so ist ein solcher Excess um so mehr vorhanden, wenn trotz der Möglichkeit, ohne jede Verletzung des Angreifenden der drohenden Gefahr durch die Flucht — dieselbe ist Pflicht — zu entgehen, derselbe dennoch bekämpft wird.

Eine derartige Schlussfolgerung können wir auch bei Feuerbach wahrnehmen. Derselbe kleidet sein fünftes Erforderniss der Nothwehr, das gemäss ausdrücklicher Hervorhebung die „Grenzen" der rechtlichen Ausübung der Nothwehr bedingen soll, in die Worte „die gebrauchte Privatgewalt musste einzige Bedingung der Erhaltung der Rechte sein." Diesen Satz erklärt er des näheren durch folgende Unterscheidung. „Es musste also:

---

1) München fügt weiter hinzu: „Und in der von Gott dem Menschen verliehenen Würde".

2) Köstlin, System 89, 90; siehe dessen frühere Ansicht.

3) Levita, a. a. O., S. 238, A. 77. Einige Schriftsteller, z. B. Schütze, nennen diesen Excess den intensiven, zum Gegensatz von extensiven, doch diese Unterscheidung interessirt uns hier nicht, daher genügt der einfache Hinweis.

1) der Angegriffene nicht anders als durch Gewalt sicher und ohne Nachtheil anderer Rechte oder Güter der Verletzung des Angreifers haben entgehen können;

2) Es mussten nicht geringere Vertheidigungsmittel als die gebrauchten zur Abwendung der Gefahr hinreichend und dem Bedrohten zu Gebote gewesen sein."

Die Zusammenfassung dieser beiden Sätze unter den zuerst genannten spricht deutlich für die erwähnte Schlussfolgerung. Sofort leuchtet aber das Trügerische dieser Folgerung ein; denn angenommen, der Angegriffene hat die Pflicht zu fliehen, so befindet er sich offenbar, wenn er diese Pflicht ausser Acht lässt, d. h. sich dennoch auf Gegenwehr einlässt, gar nicht im Zustande der Nothwehr, es kann daher von einem Ueberschreiten der Grenzen derselben nicht die Rede sein. Wir schliessen uns den Worten Levitas[1]) an. „Setzt man überhaupt die Forderung der Flucht, so ist es in allen Fällen logisch richtiger, in der Beachtung derselben eine Bedingung des Nothwehrrechts zu erblicken, als in ihrer Nichtbeachtung einen Excess zu finden." Köstlin, der seine erste Meinung, die Unmöglichkeit einer unschimpflichen und ungefährlichen Flucht sei Bedingung gerechter Nothwehr, in die eben gekennzeichnete geändert hat, scheint mir zu diesem Wechsel[2]) auch dadurch veranlasst zu sein, dass er die Härte des Gebotes „der Angegriffene fliehe vor dem Verbrecher[3])" fühlte und eine Verletzung desselben wenigstens nur als Excess der Nothwehr bestraft wissen wollte. Ein Delikt, welches nur in der Ueberschreitung eines Rechtes, nämlich des Nothwehrrechtes besteht, wird, nämlich ohne Zweifel gelinder zu bestrafen sein, als ein solches, dem keine Milderungsgründe zur Seite stehen, wie dieses bei der Forderung der Unthunlichkeit der Flucht als Voraussetzung der Nothwehr der Fall sein würde[4]).

Durch die bisherige Abhandlung haben wir die verschiedenen Ansichten der Doktrin über unsere Frage erschöpft. Wir glauben aber,

---

[1]) Levita, a. a. O., S. 241.

[2]) Köstlin selbst sieht den Wechsel seiner Ansicht durch Interpretation der Carolina begründet. Dieser Versuch muss als missglückt bezeichnet werden, wir verweisen auf unsere spätere geschichtliche Abhandlung.

[3]) Wir haben den gewöhnlichen Fall im Auge.

[4]) Abgesehen von der Ansicht Henkes.

um die von uns angestellte Untersuchung eine eingehende nennen zu können, auch die geschichtliche Entwickelung derselben in der Gesetzgebung verfolgen zu müssen und halten uns zu dieser Aufgabe um so mehr befugt, weil die betreffende Erörterung wesentlich zum Verständniss des deutschen Strafgesetzbuches beitragen wird, dessen Standpunkt noch ausführlicher zu prüfen ist. In Anbetracht dieses besonderen Zieles werden wir das römische, kanonische und deutsche Recht zu berücksichtigen haben, können aber bei der Darstellung bis zur Besprechung der unser heutiges Strafgesetzbuch vorbereitenden Gesetze nur kursorisch verfahren.

Die Römer bedienten sich zur Bezeichnung echter Nothwehr des Ausdruckes „moderatio inculpatae tutelae," eine Bezeichnung, die nach der Kritik Ludens[1]) nicht passender hätte gewählt werden können, „um kurz und treffend die dazugehörigen Haupterfordernisse zu begreifen." Das römische Recht erkennt, um die zutreffenden Worte Wesselys[2]) anzuführen, die Nothwehr als ein wahres, nicht erst durch jus civille geschaffenes, sondern durch die naturalis ratio begründetes, dem jus gentium angehöriges, daher also natürliches Recht des Menschen an[3]).

Die Ausübung desselben ist auch nach römischem Recht im Staat selbstverständlich an die Bedingung geknüpft, dass die Hilfe desselben im Augenblicke der Gefahr mangelte. Betreffs unserer Hauptfrage finden wir keine ausdrückliche Bestimmung, wie überhaupt eine Casuistik der Nothwehr im römischen Recht vermisst wird. Den tieferen Grund dieser Erscheinung erblickt Levita[4]) nicht mit Unrecht in dem Innersten des römischen Wesens und Rechtes, „welchem es widerstrebte, ein so natürliches Recht, wie dasjenige, sich gegen widerrechtliche Angriffe im Falle der Noth zu vertheidigen, nachdem dasselbe nur überhaupt prinzipiell in der Gesetzgebung anerkannt worden, durch ausführliche Bestimmungen zu erläutern oder durch verkünstelte

---

[1]) Luden, a. a. O., S. 476.

[2]) Wessely, a. a. O., S. 40.

[3]) D. I, [1] de justitia et jure l. 3: „Ut vim atque iujuriam propulsemus juris gentium est; nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur". D. VIIII. [2] ad leg. Aqu. l. 4 pr. „Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere".

[4]) Levita, a. a. O., S. 32.

Beschränkungen innerlich wieder aufzulösen.“ Enthält also die römische Gesetzgebung keine ausdrückliche Regelung unserer Frage, so werden doch folgende Stellen von einigen Juristen auf dieselbe bezogen.[1]) „Qui cum „aliter“ tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt“ und „[2]) Itaque qui latronem occiderit, non tenetur, utique si „aliter“ periculum effugere potest.“ Diese beiden Stellen werden von denen[3]), die das Recht der Nothwehr im römischen Recht einzuschränken suchen, mit Vorliebe angeführt, um zu zeigen, dass dasselbe die Nothwehr nur als subsidiäres Vertheidigungsmittel betrachtete. Die Mehrzahl der Schriftsteller sind jedoch gegentheiliger Ansicht, sie nehmen auch für das römische Recht ein Nothwehrrecht im vollen Umfange an[4]). Diese Controverse brauchen wir jedoch nicht zu entscheiden, denn selbst, wenn die angeführten Stellen in dem beschränkenden Sinne ausgelegt werden, so kann man doch zu den „anderen“ Mitteln unmöglich die Flucht rechnen. Zur Begründung berufen wir uns auf unsere früheren Ausführungen, heben aber für das römische Recht insbesondere noch hervor, „dass ein Volk, welches in seinem Recht den Ausgangspunkt von der Idee genommen hat, dass das Individium den Grund seines Rechtes in sich selber, in seinem Rechtsgefühl und seiner Thatkraft trage und für die Verwirklichung derselben auf sich selbst und seine Thatkraft angewiesen sei[5])“, unmöglich von seinen Bürgern fordern konnte, die Flucht zu ergreifen vor dem, der sie im ruhigen Besitz ihrer Rechte zu stören wagt.

Gleich dem römischen und fast mit denselben Worten erkennt auch das kanonische Recht die Nothwehr als ein im jus naturale gegründetes Institut an[6]). Die gleiche Anschauung offenbart sich auch in den wegen ihres Zusammenhanges mit dem kanonischen Recht wichtigen Bussordnungen der abendländischen Kirche. Für unsere

---

1) D IX, 2 ad leg. Aqu. l. 45, § 4.

2) J. IV, 2 „ „ „ „ § 3.

3) Besonders Geyer, auch Seeger.

4) Besonders Levita.

5) Ihering, Der Kampf um das Recht.

6) Grat. d. 1. c. 7, de jure div. et hum. „Jus naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut viri et feminae conjunctio, liberorum successio et educatio . . ., et violentiae per vim repulsio“.

Frage entnehmen wir interessirende Bestimmungen aus der Glosse. Gegen die von uns vertheidigte Ansicht spricht scheinbar die Glosse zu c. un. de homicid. in Clem. 5, 4. An dieser Stelle heisst es: „Si furiosus, aut infans, seu dormicus hominem mutilet vel occidat, nullam ex hoc irregularitatem incurrat. Et idem de illo censemus, qui mortem aliter vitare non valens suum occidit, vel mutilat invatorem.“ Die Glosse fügt zu „aliter vitare non valens“ hinzu „Inaugulatus erat, vel sic arctatus, quod fugere non poterat, nec se juvare clamore, vel aliter.“ Hier macht jedoch München[1]) mit Recht geltend, dass dieses eine Eigenthümlichkeit der Irregularität ist, aus der man keinen Schluss auf die Strafbarkeit der Tötung[2]) als Nothwehr ziehen kann. Die „Irregularität“ tritt nur dann nicht ein, wenn der Angegriffene nicht auch hätte entfliehen können, während Straflosigkeit auch trotz Möglichkeit der Flucht erfolgt. Die Berechtigung dieser Auslegung erhellt insbesondere aus der Glosse zu c. 22 qu. 3.

Die Glosse bemerkt zu „in sum. v. fugiens“ Quidquid hic dicitur, allegatio est. Nam bene licitum est cuilibet se defendere, etiam clerico. Weitere auf unsere Frage hinzielende Belegstellen können wir im kanonischen Recht nicht finden. In Betreff des deutschen Rechtes kann nach dem durch die neueren Forschungen gewonnenen Ergebniss kein Zweifel mehr obwalten, dass schon im germanischen Rechtsbewusstsein der Grundsatz wurzelt, der Mann hat ein Recht, sich im Falle der Noth des Unrechts zu wehren. Das gleiche gilt von den Rechtsquellen des Mittelalters, welche die Nothwehr nicht, wie insbesondere Zoepfl[3]) und Geyer[4]) behauptet haben, als eine nur durch den in Folge des ungerechten Angriffs herbeigeführten Nothstand entschuldigte Tötung oder Verwundung, als eine nur aus Billigkeitsgründen straflose Missethat, sondern als ein wahrhaftes, jedem Menschen zustehendes Recht anerkannt haben. Es würde uns zu weit von unserem Thema entfernen, die aufgestellte Behauptung näher zu begründen, da zu diesem Zwecke wissenschaftliche Fragen verschiedener Art z. B. über die Bedeutung des Wehrgeldes, der Scheinbusse u. s. w. berücksichtigt werden müssten. Wir können solches auch um so mehr

---

1) München, a. a. O., S. 68.

2) Die bekannte Behandlung der Nothwehr im Anschluss an die Tödtung.

3) Zoepfl, Archiv 1842, S. 130 ff.

4) Geyer, a. a. O., S. 75 ff.

unterlassen, weil die neueste Doktrin sich in dieser Frage den Ausführungen Berners[1]), Levitas[2]) und Seegers[3]) angeschlossen hat, die in dem geschichtlichen Theil ihrer Abhandlungen unsere Ansicht über das deutsche Recht mit überzeugender Schhärfe vertreten.

Gehen wir daher gleich auf unsere Frage näher ein[4]). Aus dem Zeitabschnitt der Land- und Stadtrechte kommt für uns das Schwäbische Landrecht in Betracht. Dasselbe gibt die erste Definition der Nothwehr und deutet die Erfordernisse derselben an. Unter diesen finden wir auch die Forderung, dass der Benöthigte „entwiche drie Schritte hinter sich oder mere ob er entwichen mohte.“ Unthunlichkeit der Flucht ist also hier als Bedingung strafloser Nothwehr aufgestellt. Von demselben Grundsatz wird das auf dem schwäbischen Landrecht fussende Rechtsbuch der Stadt Memmingen geleitet, dass in Bezug auf die Möglichkeit der Flucht noch genauere Bestimmungen enthält. Ein bemerkenswerther Fortschritt ist hingegen in dem zweiten Landrechtsbuch des Ruprecht von Freysing wahrzunehmen. Während dieser sich in seinem ersten Rechtsbuch vollkommen an das schwäbische Landrecht anlehnt, befreit er im zweiten den Begriff der Nothwehr von manchen Schranken. Betreffs der Flucht ergibt sich sein Standpunkt aus folgender Stelle: „get ein man auf der strassen und hat ainen veind und laufft yn an und will yn schlahen. ener stet still „und schampt sick das er weichen sol.“ dieser zuckt sein swert und wil yn schlagen. er sol das sein auch zuckenn und sich sein wern.“ Bei Ruprecht von Freysing ist also schon die freiere Anschauung entwickelt, dass der Angegriffene vor dem Angreifenden nicht zu fliehen braucht. Geyer legt die angeführten Worte allerdings dahin aus, dass die Unmöglichkeit der Flucht nur dann nicht als Voraussetzung der Nothwehr gefordert wird, wenn der Bedrohte dieselbe schimpflich findet. Offenbar erhellt aber aus den Worten „schampt sich das er weichen soll“, das Ruprecht von Freysing das Schimpfliche und Scham erregende in der Flucht selbst sieht.

---

[1]) Berner, Archiv 1848, S. 547 ff.

[2]) Levita, a. a. O., S. 65 ff.

[3]) Seeger, a. a. O., S. 180 ff.

[4]) Die folgenden Quellenstellen bis zur Carolina sind aus der historischen Entwicklung der Nothwehrlehre in der Gesetzgebung entnommen, die wir bei Zoepfl, Berner, Levita, Geyer und Seeger u. A. sehr ausführlich behandelt finden.

Interessant für unsere Frage ist auch das Kapitel 16 des betreffenden Rechtsbuches. In diesem wird, wenn der Angreifende eine kirchliche Weihe hat, von dem Angegriffenen unbedingt die Flucht verlangt, soweit sie natürlich möglich ist. Diese Ausnahme kann selbstverständlich nur in den damaligen Zeitverhältnissen ihre Begründung finden; man könnte dieselbe mit einer Erscheinung des heutigen Nothwehrrechts in allerdings entfernte Verbindung bringen und zwar mit dem Grundsatz, dass gegen berechtigte Ausübung des Amtes, des Züchtigungsrechtes seitens der Eltern, Vormünder, Lehrer u. s. w. Nothwehr ausgeschlossen ist.

Gegenüber der bezeichneten Erweiterung des Nothwehrrechts im Rechtsbuch des Ruprecht von Freysing ist die Beschränkung desselben im Bamberger Stadtrecht auffällig. Der Paragraph 158 des letzteren verlangt, dass derjenige, welcher sich auf Nothwehr beruft, selbst eine Wunde aufweisen muss, die er zuerst d. h. ehe er den Angreifer irgendwie verletzte, erhalten hat. Es bedarf kaum der Erwähnung, dass ein Recht, welches der Nothwehr solche Schranken setzt, von den Angegriffenen unter allen Umständen fordert die Flucht zu ergreifen, sobald ihm dieselbe irgendwie möglich ist. Das Bamberger Stadtrecht ist jedoch für die Beurtheilung des Standpunktes, den die damalige deutsche Rechtsprechung zu unserer Frage eingenommen hat, ohne tiefere Bedeutung. Dasselbe enthält überhaupt in seiner ganzen Auffassung der Nothwehr einen gewaltigen Rückschritt. Am deutlichsten ist dieser Rückschritt daraus zu erkennen, dass gemäss der weiteren[1]) Bestimmung des Gesetzbuches der Benöthigte trotz der Beschränkung des Nothwehrrechtes dennoch nach erwiesener Nothwehr zur Zahlung einer Busse verurtheilt wird, während schon das schwäbische Landrecht die Nothwehr als ein Recht anerkennt und infolgedessen volle Straflosigkeit eintreten lässt[2]). Für die Rechtmässigkeit unserer Kritik des Bamberger Stadtrechtes berufen wir uns auf eine Aeusserung Schwarzenbergs, welcher, wie gleich eingefügt werde, die Forderung der Flucht ohne Einschränkung zu Gunsten der Ehre zwar entschieden verwirft, aber die Unmöglichkeit einer unschimpflichen zur Berufung auf Nothwehr voraussetzt. In der Bambergensis art. 165 wendet er sich gegen die Bestimmungen des Bamberger Stadtrechtes mit den Worten: ist auch mit seiner gegenwerh

---

[1]) § 160.

[2]) art. 233.

nit schuldig zu warten biss er geschlagen wirt, „als etlich unverstendig lewt meinen“.

Die merkwürdige Erscheinung, dass die Gesetzbücher des geschilderten Zeitabschnittes, obwohl sie das Recht der Nothwehr voll und ganz anerkennen[1]), dennoch wenigstens zum Theil die Unmöglichkeit einer ungefährlichen und unschimpflichen Flucht als Bedingung gerechter Nothwehr fordern, erklärt Levita treffend aus den durch die Zeitverhältnisse zu erklärenden Bestrebungen der damaligen Rechtsprechung, alle Gewaltthat aus dem friedlichen Verkehr des Bürgers zu bannen.

In der peinlichen Hals-Gerichtsordnung Karls V., dem ersten für das ganze Reich geltenden Strafgesetzbuch, sind die wesentlichen Erfordernisse der Nothwehr, die bereits in den einzelnen Rechtsbüchern zerstreut dargestellt waren, zusammengefasst und weiter ausgebildet. Die Carolina hat mit Hülfe des römischen Rechtes und unter Berücksichtigung der italienischen Wissenschaft, dem Begriff der Nothwehr eine juristische, die geschichtliche Entwicklung abschliessende Formulirung verschafft.

Die Carolina fasst in Uebereinstimmung mit dem älteren deutschen und römischen Rechte die Nothwehr als das jedermann zustehende Recht der Selbstvertheidigung gegen ein ihm drohendes Unrecht auf und zwar ohne alle und jede Beschränkung, die, wie Wessely (S. 42.) bemerkt, „durch spätere von irrigen Voraussetzungen ausgehenden Juristen hinein interpretirt wurden“. Als Beweis soll das Gesetz selbst sprechen und zwar der Artikel 140, in dem die Nothwehr definirt wird. Item so eyner jemand mit eynen tödtlichen waffen oder weer überhaufft, anficht oder schlecht, und der benöttigt kan füglich on ferlichkeit oder verletzung seines leibs, lebens, eh'r und guten leumuds nicht entweichen, der mag sein leib und leben on alle straff durch eyn rechte gegenwer retten. Diesem Text fügen wir nur hinzu, dass die Carolina durch die Behandlung der Nothwehr im Zusammenhang mit der Lehre von der Tödtung andere in Nothwehr begangene Rechtsverletzungen durchaus nicht ausschliessen wollte. Sie folgte hierin allein dem Beispiele der Quellen, aus denen sie schöpfte, und wollte dem Richter, dessen freies Ermessen sie überall begünstigt, nur für den wichtigsten, damals auch wohl häufigsten Fall der Noth-

[1]) Vom Bamberger Stadtrecht sehen wir wegen seiner geringfügigen Bedeutung ab.

wehr feste Anhaltspunkte geben. Der angeführte Artikel enthält gleichzeitig die uns interessirenden Bestimmungen. Entschieden verwirft die Carolina in diesen das Erforderniss der Unmöglichkeit der Flucht, sobald dieselbe Gefahr für den Angegriffenen erzeugt, oder nur auf Kosten der Ehre und des guten Leumunds ergriffen werden kann, schliesst aber die Berufung auf Nothwehr bei Möglichkeit einer ungefährlichen und unschimpflichen Flucht aus. „Sie setzt damit", um die Worte Levitas[1]) anzuführen, „eine Voraussetzung der Nothwehr fest, welche dem römischen Rechte fremd, im schwäbischen Landrecht angedeutet, aber schon durch Ruprecht wieder ausgestossen, ohne Berücksichtigung der Zeit, in welcher kaum erst der ewige Landfriede aufgerichtet worden, gegenüber ihrer sonstigen freisinnigen Behandlung der Nothwehr unverständlich wäre". Ob die Erklärung dieser Beschränkung der Nothwehr auch noch für die Carolina in den Zeitverhältnissen mit Recht gesucht wird, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls haben aber schon einige Ausleger der Carolina den Widerspruch der Forderung der Flucht mit dem Grundsatz „die Nothwehr ist ein Recht" empfunden und infolgedessen sich bemüht, die angeführten Bestimmungen so zu interpretiren, dass die Pflicht des Angegriffenen, eine ungefährliche und unschimpfliche Flucht der Nothwehr vorzuziehen, in der Praxis auf möglichst wenige Fälle beschränkt werde. Gewissen Ständen wird überhaupt die Pflicht zu fliehen unter allen Umständen erlassen, so interpretirt Boehmer[2]). Kress[3]) und Eugan[4]) bezeichnen die Flucht als ein ebenso schimpfliches, wie zweifelhaftes Mittel der Gefahr zu entgehen. Der erstere begründet seine Ansicht durch Aufstellung zweier Sätze, die er aus dem Geist der Carolina herleitet, nämlich:

1) „ubi offensio illicita, ibi defensio sit licita;

---

[1]) Levita, a. a. O., S. 152.

[2]) Boehmer, Meditationes in C. C. C.

[3]) Fugam, medium ignonimiosum, nec certi eventus, capescere nemo cogitur (Kress, commentatio in C. C. C. ad art. 140).

[4]) Eugan (elementa juris criminalis) beschuldigt (Lib. I. § 339) diejenigen eines wenn auch nicht absichtlichen, so doch schuldhaften Excesses, welche „occationem sine ullo vitae, corporis et honoris periculo discedendi arripere nolentes" verweist aber gleichzeitig auf die angeführte Stelle des Kress; hieraus geht hervor, dass auch er, wie Kress, nur einen „commodus discessus" verlangt.

2) quod in aggressore nullum fit fugandi jus, ergo nec in invasro nulla ad fugiendum obligatio.“ Um den Widerspruch mit dem Wortlaut des Artikels 140 zu lösen, weist er daraufhin, dass nicht davonlaufen, entfliehen, sondern „füglich entweichen“ gefordert werde. Er konstruirt offenbar in der Absicht, die Härte des Gesetzes wenigstens zu mildern, einen Unterschied zwischen Flucht und „commodus discessus.“

In diesem Bestreben sind ihm, wie aus unserer Abhandlung ersichtlich, neuere Rechtslehrer gefolgt. Es darf jedoch hier nicht unerwähnt bleiben, dass bereits Boehmer[1]) derartige verkünstelte Unterscheidungen des Kress tadelt und in allen[2]) Fällen die Flucht des Angegriffenen fordert[3]).

Mit der Carolina trat, einige schwache Versuche der Territorialgewalt in Landesordnungen abgerechnet, für zwei Jahrhunderte ein vollkommener Stillstand der Gesetzgebung ein[4]), wodurch natürlich die Carolina trotz der salvatorischen Klausel sich allgemeinere Geltung verschaffen musste.

Es bildete sich infolgedessen im 18. Jahrhundert das, was Hälschner (S. 43) treffend die gemeine, die Normen der Carolina modificirende Praxis nennt, auf die natürlich die gemeinrechtliche Doktrin den grössten Einfluss hatte. Erst[5]) am Ende des vorigen und bei Beginn unseres Jahrhunderts erwachte die Rechtserzeugung auf dem Wege der Gesetzgebung.

Die in dieser Zeit entstandenen Gesetze müssen auf unsere Frage hin betrachtet werden. Zu diesem Zwecke erinnern wir daran, dass die gemeinrechtliche Wissenschaft bei ihrem Unvermögen, die wahre und rechtliche Natur der Nothwehr zu erkennen, bestrebt war, dem in der P. G.-O. so ausdrücklich anerkannten Nothwehrrecht durch künstliche Interpretation die willkürlichsten Beschränkungen aufzuer-

---

[1]) Boehmer, ad Carpzow, quaest. 30, obs. III. (citirt nach Levita).

[2]) Natürlich, abgesehen von den Ausnahmen zu Gunsten gewisser Stände.

[3]) Desgl. Carpzow.

[4]) In Oesterreich ist die Theresiana zu nennen, welche die Bestimmungen der Carolina, was den materiellen Theil des Strafrechts betrifft, grösstentheils in sich aufgenommen hat; vielleicht ist der Standpunkt zu unserer Frage der gleiche.

[5]) Geyer (S. 150) beginnt den neuen Abschnitt mit dem Josephinischen Gesetzbuch von 1787.

legen[1]). Daher lässt sich leicht verstehen, dass eine solche Doktrin eher geneigt war, auf Grund der Bestimmungen der Carolina die Antwort auf unsere Frage möglichst ihrer engen Auffassung der Nothwehr anzupassen[2]), als die Mängel des Gesetzbuches in diesem Punkte zu erkennen und zu beseitigen. Aus diesem Grunde hat die Forderung der Flucht vor dem Angreifer auch in der neueren Gesetzgebung Aufnahme gefunden, häufig sogar ohne besondere Einschränkung dahin, dass die Flucht nicht die Ehre des betreffenden verletzen dürfe, wie solches die Carolina ausdrücklich hervorhebt[3]). So bestimmt Theil II, Titel 80, Artikel 523 des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten. „So lange der Angegriffene sich ohne Gefahr dem Angriff des Anderen zu entziehen vermag, ist er zu dessen lebensgefährlicher Beschädigung nicht berechtigt." Eine Ausnahme zu Gunsten der Ehre wird hier nicht gemacht. Dieser Umstand veranlasst auch Heffter[4]) zu der Bemerkung: „Dass gegenwärtig die Flucht immer zu ergreifen sei, behaupteten sonst manche (auch das A. L. R. für die preussischen Staaten) gleichsam als wäre unser Geschlecht ein minder ehrenhaftes geworden." Merkwürdig ist die Bestimmung des § 523 ferner dadurch, dass sie nur eine lebensgefährliche Verletzung nicht gestattet, so lange die Flucht ohne Gefahr möglich war, während somit eine nicht lebensgefährliche Beschädigung trotz erwiesener Möglichkeit der Flucht straflos bleibt.

Einen ähnlichen Standpunkt, wie das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten nehmen folgende Gesetzbücher ein: Das Strafgesetzbuch für Bayern Art. 127, — für Oldenburg Art. 132, — für Altenburg Art. 70, — für Braunschweig § 166, — für Hannover Art. 78, — für Württemberg Art. 103, — für Hessen Art. 48, —

---

[1]) Darauf weist besonders Beseler, Commentar zum Preussischen Strafgesetzbuch, S. 185, hin.

[2]) H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, hebt hervor, dass die Carolina mit der Forderung einer ungefährlichen und unschimpflichen Flucht der Nothwehr eine Voraussetzung setzte, die in der nachfolgenden Praxis zu einer zum Theil höchst engherzigen Anwendung geführt hat und verweist zur Begründung auf Gregory (S. 187), wo Fälle berichtet werden, in welchen sogar einem Soldaten die Flucht zur Pflicht gemacht wurde.

[3]) Der Umstand, dass die Flucht schon an sich ehrverletzend ist, wird selbstverständlich gar nicht berücksichtigt.

[4]) Heffter, a. a. O., S. 43.

für Nassau Art. 45, — für Thüringen Art. 66. Die angeführten Gesetzbücher unterscheiden sich allein dadurch, dass einige derselben die Unmöglichkeit anderer Mittel ausser der Gewalt, zu denen auch eine ungefährliche Flucht gerechnet wird, als Bedingung gerechter Nothwehr fordern, während die Mehrzahl in der Nichtbenutzung ungefährlicher Mittel nur eine Ueberschreitung des an sich begründeten Rechtes erblickt. Besondere Aufmerksamkeit verdient der § 84 des Badischen Gesetzbuches. Dieser lässt in seiner freieren Auffassung Nothwehr stattfinden unter der Voraussetzung, dass die drohende Gefahr nicht durch andere, dem Bedrohten bekannte Mittel ausser der Eigenmacht mit Sicherheit und ohne Nachtheil abgewendet werden kann[1]). Bei den Berathungen dieses Paragraphen kam nämlich die Frage, inwiefern die Möglichkeit der Flucht das Recht zur Vertheidigung ausschliesse, zu einer gründlichen Erörterung. Die Minderheit der Commission wünschte zu dem Satze „noch durch andere dem Bedrohten bekannte Mittel" den Beisatz „wohin jedoch die Flucht nicht gehört". Nach dem Welker'schen Commissionsberichte begründet sich dieser Wunsch auf die Rechtswidrigkeiten und Absurditäten mancher Richter, welche das natürliche, nothwendige Recht der Nothwehr dadurch beschränken, dass sie häufig Nothwehr deshalb für unbegründet erklären, weil ja der Angegriffene habe fliehen können. Da nun aber hierin einestheils meist etwas Schimpfliches liege, was man zu Gunsten rechtswidriger Angriffe einem Ehrenmanne nicht zumuthen könne, anderntheils auch häufig eine Aufhebung eines Rechtes, die der unrechtliche Angreifer nicht fordern könne; so sei die Flucht natürlich in der Regel keineswegs zu fordern. Die Commission kam aber diesem Wunsche nicht nach mit der Begründung, „dass doch Fälle denkbar seien, wo ein Bedrohter oder Angegriffener, ohne irgend seinem Gefühl und seiner männlichen Ehre zu nahe zu treten, was auch die Carolina nie forderte, dennoch dem Angriff ausweichen könne, und dass er dieses lieber thun solle, als gefährliche Verletzungen herbeizuführen. Sodann aber glaubte die Commission in den Worten „ohne Nachtheil" eine Bürgschaft zu finden, dass kein badischer Richter so rechtswidrig und unedel denken werde, einem durch frevelhaften Angriff Rechtsverletzten die zu seiner Vertheidigung vorgenommene, richtig gemässigte Gegenwehr desshalb als Verbrechen anzurechnen, weil er nicht „statt seines

[1]) Unsere Darstellung des Commissionsberichtes ist aus Berner Archiv 1848 entnommen.

Freiheitsrechtes sich zu bedienen, vielmehr auf unmännliche und unwürdige Weise vor dem ungerechten Angreifer geflohen sei". In diesem Commissionsberichte sehen wir ungefähr alle Bedenken, die im ersten Theil der Abhandlung gegen die Forderung der Flucht von uns geltend gemacht sind, von der Minorität aufgeführt, und von der Majorität auch im Prinzip anerkannt. Es begegnet uns aber auch hier das falsche Mitleid mit dem Angreifer, die Aengstlichkeit, einen anerkannten Grundsatz durchzuführen, die Berücksichtigung von in der Wirklichkeit kaum möglichen Fällen und die Verwechslung von Recht und Klugheit. Jedenfalls ist aber eine wesentlich freiere Auffassung und Vereinfachung der Lehre von der Nothwehr gegenüber dem A. L. R. für die preussischen Staaten unverkennbar, wie überhaupt die Wissenschaft allmählig zum Bewusstsein des reinen Nothwehrprinzips durchzudringen sucht. „Das Bemühen, die fremdartigen und willkürlichen Voraussetzungen, die eine engherzige Auffassung der Nothwehr gegen den Geist der Carolina und gegen ihre innere rechtliche Natur aufgedrungen hatte, nach und nach wieder auszustossen", lässt sich wie Levita[1]) hervorhebt, besonders in der Geschichte der Entwürfe zu dem Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten von 1851 verfolgen. Eine diesbezügliche Betrachtung hat für unsere Frage ein besonderes Interesse.

Indem wir auf das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten eingehen, sind wir unserer Aufgabe, de lege lata d. i. vom Standpunkte unseres heutigen Strafgesetzbuches die Frage der Flucht zu erörtern, sehr nahe gerückt. Die Motive zum Reichsstrafgesetzbuche heben nämlich ausdrücklich hervor, dass der uns interessirende § 53 dem entsprechenden § 41 des Strafgesetzbuches für die preussischen Staaten nachgebildet sei. Absatz 1 und 2 des § 53, die allein in Betracht kommen, stimmen auch mit dem erwähnten Paragraphen des Strafgesetzbuches für die preussischen Staaten fasst wörtlich, dem Sinne nach aber ganz überein. Verfolgen wir zunächst die Entstehungsgeschichte des preussischen Strafgesetzbuches auf unsere Frage hin[2]).

[1]) Levita, a. a. O., S. 159.

[2]) Die folgende Entwicklung unserer Frage bis zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten selbst ist hauptsächlich an Hand der geschichtlichen Einleitung vorgenommen, die Goltdammer (Materialien zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten I, 1. S. 360 ff.) zu § 41 des Gesetzbuches gibt. Auch wurde Beseler, a. a. O., S. 185 ff., berücksichtigt.

Der Entwurf von 1827 enthält zwei zu berücksichtigende Bestimmungen. Voraussetzung gerechter Nothwehr ist erstens der Mangel des augenblicklich nöthigen Schutzes der Obrigkeit und zweitens der Mangel eines anderen sicheren Mittels zur Abwendung des drohenden Schadens. Das erste Kriterium wurde aber nicht streng aufgefasst. Man wollte zwar nicht von dem Angegriffenen zur Berufung auf Nothwehr den Beweis fordern, dass die Herbeiholung der Obrigkeit unter allen Umständen unmöglich gewesen sei, fürchtete sich aber auch einfach den Mangel des gehörigen Schutzes von Seiten der Obrigkeit im Augenblicke der Gefahr als Bedingung der Nothwehr aufzustellen und entschied sich gemäss den Motiven (S. 165) zu folgender Mittelmeinung: Nothwehr ist vorhanden, wenn der Angegriffene auf den Schutz der Obrigkeit nicht rechnen konnte, d. h. nach der Erklärung Goltdammers[1]), wenn der Angegriffene nach Lage der Umstände vernünftiger Weise habe glauben können, die obrigkeitliche Hilfe werde, auch wenn er sie suchen sollte, zu spät eintreffen. Es wird hier dem Angegriffenen, der sich ohne Zweifel in aufgeregter Gemüthsstimmung befindet, eine Ruhe und Entschlossenheit zugemuthet, die wir in Wirklichkeit nicht häufig antreffen werden. Die zweite Bedingung zeigt, obwohl sie das Nothwehrrecht immer noch verkümmert, einen nicht zu unterschätzenden Fortschritt in der Auffassung desselben; denn sie richtet sich besonders gegen den § 518 Tit. 20 Theil II des A. L. R. für die preussischen Staaten, wo es heisst: Nothwehr findet nur statt, wenn die obrigkeitliche Hilfe den vorigen Zustand nicht wieder herstellen kann. Gegen diese Unterscheidung von Ersetzlichkeit und Unersetzlichkeit des Schadens wollte der Entwurf durch die erwähnte zweite[2]) Forderung entschiedene Stellung nehmen. „Niemand, so lesen wir in den Motiven (von 1827), ist verbunden, sich ungerechte Störungen oder Beschädigungen seines Rechtszustandes gefallen zu lassen, sie mögen gross oder klein, bleibend oder vorübergehend, ersetzlich oder unersetzlich sein; der Staat ist in allen diesen Fällen zu schützen verpflichtet. Kann er den Schutz nicht leisten, so muss er dem Angegriffenen das Recht der Selbstvertheidigung in seinem ganzen Umfange zurückgeben, dessen jener sich nur unter der Voraussetzung dieses Schutzes begeben hatte". Sehen wir von den Anklängen an den Kant'schen Vertragsstaat ab, so wäre diese Beweisführung geschickt

[1]) Goltdammer, a. a. O., S. 361.

[2]) Es heisst allgemein „zur Abwendung des drohenden Schadens".

gegen den engherzigen Standpunkt des A. L. R. für die preussischen Staaten gerichtet, wenn nur nicht aus derselben gleichzeitig ein Widerspruch mit der eigenen Forderung erhellte, das Voraussetzung gerechter Nothwehr der Mangel anderer sicherer Mittel sei. Offenbar entsteht nämlich die Frage, was sollen die anderen sicheren Mittel, wenn das Recht der Selbstvertheidigung „in seinem vollen Umfang" gestattet wird.[1]) Man schlägt sich demnach mit seinen eigenen Waffen. Bedenklich scheint mir diese „zweite" Bedingung der Nothwehr auch deswegen zu sein, weil die Commission beschloss, auf eine bestimmte Charackterisirung dieser Mittel nicht einzugehen. Hier kann allerdings nicht mit Unrecht erwidert werden, dem freien richterlichen Ermessen soll im konkreten Falle möglichst grosse Freiheit gewährt werden. In der Gesetz-Revisions-Commission wurde, was uns insbesondere interessirt, daran erinnert, dass gemäss dem Sinne des Gesetzes zu diesen sicheren Mitteln auch die Flucht zu rechnen sei und deshalb unter Bezugnahme auf die Carolina der Zusatz gefordert: „Flucht sei dann nur als sicheres Mittel zu betrachten, wenn sie ohne Verletzung und Gefährdung des Leibes, Lebens, der Ehre und des guten Leumunds erfolgen könne". Jedoch es blieb bei dieser Anregung, indem die Commission zwar die Rechtmässigkeit des angeregten Zusatzes nicht verneinte, aber auch hier beschloss, sich über die Frage der Flucht im Gesetz nicht auszusprechen. Wir treffen demnach wiederum die auch bei Gelegenheit des Badischen Strafgesetzbuches hervorgehobene Scheu, zu einer so wichtigen Frage entschiedene Stellung zu nehmem.

Die Revision von 1845 erkannte im Allgemeinen die Auffassung des Entwurfes von 1827 an, fasste aber die beiden näher betrachteten Bestimmungen in eine zusammen durch die Wendung „soweit die Nothwehr für den Zweck der Vertheidigung erforderlich war". In Sonderheit betreffs unserer Frage verneinte sie zwar das erwähnte Kriterium nicht, vermied aber ebenfalls eine bestimmte Formulirung derselben für das Gesetz in der Meinung, durch die oben bezeichneten Worte sei dasselbe für jeden konkreten Fall hinlänglich bezeichnet.

Nachdem wir so den Entwickelungsgang der gestellten Frage in der Geschichte des Strafgesetzbuches für die preussischen Staaten vorgeführt haben, gehen wir dazu über, dieselbe vom Standpunkte des Gesetzes selbst zu erörtern. Hierbei können die erwähnten Gesichts-

[1]) Motive, S. 165—168.

punkte aus den Motiven und Commissionssitzungen, ganz abgesehen davon, dass auch im Allgemeinen den Motiven keine ausschlaggebende Bedeutung für die Interpretation eines Gesetzes beigelegt wird, für uns insbesondere schon deswegen wenig massgebend sein, weil, wie wir mehrmals hervorgehoben, die Berathungen betreffs der uns interessirenden Punkte zu einem zwingenden Ergebniss nicht gelangt sind. Ueber die Frage der Flucht ist niemals ein allgemeiner Beschluss gefasst worden; man müsste denn in dem Beschluss einen solchen erblicken, der bestimmt, die betreffende Frage im Gesetze nicht auszusprechen. Wir haben daher zunächst den Wortlaut des Gesetzes selbst ins Auge zu fassen.

Der Text des § 41, soweit er hier in Betracht kommt, ist folgender: „Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn die That durch die Nothwehr geboten war. Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder Anderen abzuwenden". Eine genauere Interpretation soll, um Wiederholungen zu vermeiden, im Anschluss an den ungefähr gleichlautenden Paragraphen 53 des St.-G.-B. für das deutsche Reich erfolgen. An dieser Stelle führen wir nur die Ansichten der Commentatoren des St.-G.-B. für die preussischen Staaten an. Goltdammer (S. 419, 28) legt das Gesetz in dem beschränkenden Sinn aus, den wir bei Besprechung der geschichtlichen Entwickelung antrafen. Das Kriterium eines andern sicheren Mittels ausser der Selbstvertheidigung ist nach seiner Ansicht im Gesetz als in der Natur der Sache liegend weggelassen worden. „Ueber die Flucht wird, so lauten seine eigenen Worte, der konkrete Fall entscheiden. In der Regel aber wird man von dem, dem das Gesetz den Muth der Selbstvertheidigung zutraut, dessen muthvolle Vertheidigung es daher billigt, die Flucht vor der Gefahr nicht zumuthen, das Gesetz billigt ja in der Vertheidigung der Person auch die der Ehre, kann also ihre, in den Augen der Genossen als unehrenhaft angesehene Verleugnung durch die Flucht nicht fordern". Beseler (S. 189) hingegen findet gemäss dem Wortlaute des Gesetzes die von Goltdammer als „naturgemäss" bezeichnete Einschränkung nicht begründet. Nach seiner Meinung kommt es namentlich nicht darauf an, ob möglicherweise die Abwehr auch durch die Behörden hätte erfolgen[1]), oder ob man durch Flucht

[1]) Levita, a. a. O., S. 242, Anm. 81, fügt zur Vermeidung von Missverständnissen hinzu: er meint natürlich nicht, dass im entscheidenden Augenblick obrigkeitliche Hilfe gegenwärtig gewesen.

der Gefahr hätte entgehen können. Kritisch äussern wir uns zu den beiden Commentatoren nicht, da wir gleiche Ansichten bei der Besprechung des § 53 unseres heutigen Strafgesetzbuches antreffen werden, zu dessen Interpretation wir nunmehr übergehen. Eine Aenderung im Wortlaut gegen den angeführten Text des preussischen Strafgesetzbuches ist insofern zu bemerken, dass unser heutiges Gesetzbuch im Falle gerechter Nothwehr nicht nur ein Verbrechen und Vergehen, sondern allgemein eine strafbare Handlung ausschliesst. Ferner ist im zweiten Satz an Stelle des Wortes „That" der Ausdruck „Handlung" gewählt. In dieser Fassung nennt Binding[1]) den Paragraphen „einen der am besten gelungenen des Gesetzbuches, der durchaus erfülle, was Levita[2]) von einem Strafgesetzbuch bezw. der Nothwehr fordere". Vor allem rühmt Binding, dass das Gesetz frei sei von aller Begünstigung des widerrechtlichen Angreifers. Derselbe muss aber seine Worte gleich ergänzen durch die Hinzufügung „man hat aber nicht versäumt, sie hinein zu interpretiren". Dass Bindings Kritik die jetzt geltenden Bestimmungen des positiven Rechtes über die Nothwehr richtig beurtheilt, wird unsere Abhandlung zeigen.

Unser Gesetzbuch stützt ohne Zweifel die Straflosigkeit der in der Nothwehr verübten Handlung auf das Recht des Individuums, widerrechtliche Angriffe abzuwehren. Allerdings sagt das Gesetz nur negativ, „sie sei keine strafbare Handlung", aber es ergibt sich aus der einfachen Beachtung der Thatsache, dass die Rechtsordnung alle nothwendigen Handlungen zur Erreichung ihrer nothwendigen Zwecke gestatten muss, dass die Abwehr des Unrechts erlaubt und somit rechtlich ist. Durch die Anfangsworte: „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden", wird demnach ausdrücklich bestimmt, dass nicht bloss derjenige ein persönliches Recht auf Straffreiheit hat, der eine an sich strafbare Handlung indem im § 53 vorgesehenen Zustand begangen, sondern dass etwas sachlich Strafbares überhaupt gar nicht vorliegt. Auch lassen die Motive hierbei nicht den geringsten Zweifel obwalten. In diesen[3]) heisst es „den unbestrittenen Grundsatz, dass Nothwehr ein

[1]) Binding, Handbuch des Strafrechts, I. Band, S. 732. Anm. 5.

[2]) Levita, a. a. O., S. 160: „Es muss der Gesetzgebung zur lebendigen Erkenntniss kommen, dass im Strafgesetzbuch anstatt eine künstliche, oder überhaupt nur eine besondere Nothwehrtheorie mit subtilen Unterscheidungen und singulären Strafansätzen aufzustellen, nur einfach das Recht der Nothwehr anzuerkennen hat".

[3]) Motive, S. 102.

Recht sei, und dass die Ausübung eines solchen Rechtes niemals eine Strafbarkeit begründen kann, bringt der § 48 [1]) zum Ausdruck". Eine solche Hervorhebung des Rechtes der Nothwehr sollte allein genügen, um eine falsche Beantwortung der gestellten Frage im Sinne des Gesetzes zu verhüten, denn mit der Forderung der Flucht würde das Gesetz sich selbst widersprechen und den einfachen Rechtsgrundsatz verletzen, dass niemand in der Ausübung seines Rechtes behindert werden darf. An dieser Stelle erinnern wir auch an den von uns im ersten Theil der Arbeit gezogenen Schluss, dass eine Rechtsprechung, welche das Wesen der Nothwehr als ein rechtliches anerkannt hat, dieses Nothwehrrecht auch in seinem vollen Umfang zu lassen und jede Einschränkung als einen Verstoss gegen das Recht zurückweisen muss. Diese Erwägung zeigt, dass alle Versuche, aus dem Texte des Paragraphen 53, der eine ausdrückliche Bestimmung über unsere Frage nicht enthält, eine verneinende Beantwortung derselben zu folgern, wegen ihres Widerspruches mit dem Geist des Gesetzes als missglückt zu betrachten sind. Aber auch der Wortlaut selbst lässt nach unserer Meinung eine solche Interpretation nicht zu.

Der Paragraph gibt in seinem zweiten Absatz eine Definition der Nothwehr durch die Worte: „Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden." Diese Definition von deren Trefflichkeit man sowohl bei den Berathungen des Preussischen, wie des Reichsstrafgesetzbuches überzeugt war, wird von den einzelnen Commentatoren verschieden und zum Theil gegen das bezeichnete Grundprinzip ausgelegt. Da naturgemäss das bei der Beurtheilung der Definition gewonnene Ergebniss die Beantwortung unserer Frage wesentlich beeinflusst, so bedürfen die einzelnen Ansichten näherer Betrachtung. Die Meinungen gehen auseinander, ob die Worte „welche erforderlich ist" sich beziehen auf das Wort „Vertheidigung" oder auf das Wort „diejenige". Ersternfalls kann man durch einfache Folgerung zu dem Schluss gelangen: Nothwehr ist nur dann vorhanden, wenn die Vertheidigung an und für sich zur Abwendung des Angriffes nöthig war. Von diesem Standpunkt wird mit Recht ein Prätext der Nothwehr angenommen, sobald die Gefahr durch ein anderes, nicht verletzendes Mittel hätte beseitigt werden

[1]) § 48 entspricht dem § 53 des Gesetzbuches in der heutigen Fassung.

können. Werden hingegen die bezeichneten Worte auf das Wort „diejenige“ bezogen, so ist grundsätzlich anerkannt, dass die Nothwehr in der Berechtigung besteht, sich gegen den widerrechtlichen Angreifer mit Gewalt zu vertheidigen, und regeln die beregten Worte nur die Art und das Maass der Vertheidigung. Der Wortlaut des zweiten Absatzes hat demnach, unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, nur Einfluss auf die Frage, ob, wenn einmal die Vertheidigung erfolgte, gerade die Art derselben eine solche gewesen ist, wie sie zur Abwendung des Angriffes nothwendig[1]) war, während die Frage, ob die Vertheidigung selbst unerlässlich war, durch denselben gradezu ausgeschlossen ist. Die Frage, ob der Akt der Vertheidigung an sich nöthig gewesen ist, wird bei dieser Auffassung vom Gesetz allgemein ohne ausdrückliche Bestimmung dahin beantwortet, dass die Nothwendigkeit derselben sich schon aus dem Dasein des rechtswidrigen Angriffes ergibt. Wir haben demnach die Aufgabe, die beiden Auslegungen zu prüfen. Die erste das Nothwehrrecht beengende Interpretation findet in der Praxis in einem Erkenntniss des Königl. sächsischen Ober-Appelations-Gerichts vom 7. Juli 1873 Bestätigung. In diesem wird ohne nähere Begründung der Rechtsatz aufgestellt: „Sobald die Vertheidigung nicht „erforderlich“ gewesen war, ist der Begriff der Nothwehr ausgeschlossen“[2]). Ebenso vermissen wir bei den Commentatoren, die in gleicher Weise den zweiten Absatz verstanden wissen wollen, die Angabe von Gründen für ihre Ansicht, sie begnügen sich in der Regel damit auf das angeführte Erkenntniss hinzuweisen, dieses gibt uns aber leider, wie wir gesehen haben, auch keinen Aufschluss. So lesen wir bei Oppenhoff[3]) nur die Bemerkung „einem rechtswidrigen Angriffe darf eine gewaltsame Vertheidigung

[1]) Der Richter hat natürlich bei der Beurtheilung die konkreten Umstände, namentlich auch die beiderseitigen Persönlichkeiten zu berücksichtigen.

[2]) Diese Entscheidung wird durch eine spätere des obersten Gerichtshofes für Bayern (München, 10. Mai 1878) näher erklärt. In der letzten heisst es: Erforderlich ist aber die Vertheidigung, insbesondere dann nicht, wenn vorhandene Mittel zur Abwehr des Angriffes vorhanden waren. Beide Entscheidungen wollen offenbar die von uns als „erste“ bezeichnete Interpretation bestätigen. Die zweite Entscheidung lag mir nicht vor und ist nach Rüdorff, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 53, 3, wiedergegeben.

[3]) Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, § 53, 2.

entgegengesetzt werden, insoweit eine solche zum Schutze jener Rechte erforderlich ist; letzteres ist nicht anzunehmen, wenn die durch den Angriff drohenden Nachtheile auf anderem Wege abgewandt werden können". Zur Begründung folgt allein der Hinweis auf die betreffende Entscheidung und auf Geyers zur Genüge bekannte Abhandlung (§ 6). Die Berufung auf Geyer ist aber jedenfalls verfehlt; denn Geyer geht, wie bekannt, in seiner Arbeit von einer Anschauung über die Natur und das Wesen der Nothwehr aus, die dem Standpunkte des Strafgesetzbuches gerade entgegengesetzt ist. Von diesem Standpunkte aus, muss er naturgemäss Erfordernisse aufstellen, welche nach unserer Auffassung für eine Interpretation der entsprechenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches nicht massgebend sein können. Die Erwähnung Geyers gibt uns gleichzeitig Veranlassung zu bemerken, dass auch dieser [1]) selbverständlich aus dem Wortlaut des Gesetzes folgert, die gewaltsame Vertheidigung ist auf den Fall des Mangels anderer Mittel zu beschränken. Die gleiche Ansicht finden wir, leider auch ohne nähere Begründung, bei Rüdorff [2]), Puchelt [3]) und Schütze [4]). Betreffs des letzteren ist jedoch zu bemerken, dass er aus dem fraglichen Wortlaut sowohl die charakterisirte Beschränkung der Nothwehr als auch die Grenze der Ausübung derselben entnimmt. Schütze fügt nämlich zu den Worten „zur Abwendung erforderliche Vertheidigung" folgende Erklärung hinzu: „Damit bezeichnet das Strafgesetzbuch zuvörderst eine negative Voraussetzung: Nothwehr ist nur dann nicht gerechtfertigt, wenn ein nicht verletzendes und vollkommen ausreichendes Abwendungsmittel zur Hand und dem Angegriffenen bekannt war. Sodann heischt das Strafgesetzbuch ein Maass nach Art und Mitteln der Vertheidigung". Die „negative Voraussetzung" glaubt Schütze durch eine einfache Zerlegung des Wortes Nothwehr zu rechtfertigen, indem er bemerkt: Wehr ohne Noth keine Nothwehr. Durch diese Erklärung geräth Schütze in Widerspruch mit seiner richtigen Auffassung von der Nothwehr, die sich nach seinen eigenen Worten auf den einfachen Ver-

[1]) Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, erste Hälfte. 20, IV, 4.

[2]) Rüdorff, a. a. O., S. 53.

[3]) Puchelt, sein Commentar liegt nicht vor; er wird jedoch von Rubo als Anhänger dieser Auslegung bezeichnet; eine besondere Begründung seiner Ansicht gibt er auch nicht (dieses schliesse ich aus der Bemerkung Rubos).

[4]) Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 118.

nunftgrund stützt, dass Selbstvertheidigung ein Recht der Persönlichkeit ist und demnach nicht in der Noth ihre Rechtfertigung zu suchen braucht. Das Wort Nothwehr deutet vielmehr an, dass derjenige, der sich im Augenblicke eines widerrechtlichen Angriffes auf sich selbst angewiesen sieht, sich insoweit eigenmächtig wehren darf, als diese Abwehr zur Beseitigung der drohenden Gefahr nöthig ist. Die Auffassung des Wortes Nothwehr hat auch Levita[1]) zu seiner Aeusserung veranlasst, dass für die Rechtsprechung jede besondere Nothwehrtheorie überflüssig sei, weil der Genius der deutschen Sprache die Thätigkeit des Getzgebers wesentlich erleichtert hat. Aehnlich wie Schütze legt Schwarze die beregten Worte (- erforderlich, um -) aus. In erster Linie haben dieselben nach seiner Ansicht den Zweck, die Grenze der Nothwehr anzugeben, enthalten aber auch gleichzeitig das Requisit, dass obrigkeitlicher Schutz nicht vorhanden und nicht zu erlangen gewesen sei. Er interpretirt demnach genau so, wie Schütze, nur beschränkt er die Abwendungsmittel, deren Nichtvorhandensein Voraussetzung gerechter Nothwehr sein soll, auf zwei bestimmt angegebene. Durch diese Einschränkung der anderen Abwendungsmittel, insbesondere durch die weitere Hervorhebung, dass der Bedrothe nicht verpflichtet ist, den Eintritt der obrigkeitlichen Hilfe abzuwarten, kommt Schwarze dem praktischen Ergebniss nach denen nahe, die in der häufig genannten Wendung nur die Grenzen gerechter Nothwehr erblicken. Dass wir zu letzteren gehören, dürfte zufolge unserer bisherigen Erörterung ausser Zweifel stehen, zumal wir keine Veranlassung haben, in den Wortlaut des Gesetzes eine Beschränkung der Nothwehr hineinzulesen, die der wahren rechtlichen Natur derselben widerspricht. — Da wir uns aber auf die Kennzeichnung der Versuche, das Gesetz in dem beschränkenden Sinne auszulegen, eingelassen haben, so genügt nicht die einfache Anführung des Umstandes, dass dieses Bemühen der Gegner in Folge des falschen Auffassens des dem Gesetz zu Grunde liegenden Prinzips unbedingt als verfehlt zu betrachten ist, sondern es wird mit Recht von uns auch der Beweis gefordert werden, dass unsere Auffassung des Gesetzes mit den Worten desselben in vollem Einklang steht.

Vorher stellen wir nochmals fest, dass die Gegner die Begründung ihrer Auslegung schuldig geblieben sind[2]). Die Richtigkeit unserer

---

[1]) Levita, a. a. O., S. 160.

[2]) Kurz führen wir noch die Auslegung Schapers an. Dieser er-

unserer Interpretation, die von Berner, Binding, Häschner, v. Liszt, H. Meyer, Olshausen und Rubo vertheidigt wird, erhellt schon daraus, dass eine Gesetzgebung, welche die zu widerlegende Auffassung hätte bestätigen wollen, den Absatz 2 des Paragraphen sicher so formulirt hätte, dass derartige Zweideutigkeiten unmöglich wären, insbesondere da jedes Missverständniss leicht durch folgende[1]) Fassung hätte vermieden werden können: „Nothwehr ist diejenige Handlung, welche im Falle der Nothwendigkeit einer Vertheidigung erforderlich ist, um . . . . abzuwehren". Ferner ergibt sich die Unrichtigkeit der Auslegung im Sinne der Gegner aus dem Verhältniss, in dem der Absatz I des Paragraphen — Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Nothwehr geboten war — zu dem fraglichen Absatz II — Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um . . . . abzuwenden — steht. Betrachtet man nämlich die beiden Sätze auf ihren Zusammenhang hin, so bemerkt man sofort, dass der Gesetzgeber, wenn er den dem Gesetz untergeschobenen Sinn hätte zum Ausdruck bringen wollen, jedenfalls seine Bestimmung möglichst umständlich, wenn nicht gar unverständlich[2]) gefasst; ein einfacher und logischer hätte die Formulirung der beiden Sätze in folgender Wendung geschehen müssen: Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung geboten war, um . . . . abzuwenden. So würde jeder Zweifel darüber ausgeschlossen sein, dass die Vorschrift nur dann zur Geltung gelangen soll, wenn die Abwendung des Angriffes überhaupt nur durch Vornahme der betreffenden

---

blickt, ähnlich wie Schütze, in den Worten „erforderliche Vertheidigung" ein negatives Moment. Die Vertheidigung ist nicht erforderlich, wenn die Hülfe des Staates zur Abwehr einschreitet. „Die Frage aber, ob sie angerufen werden konnte, fällt mit der weiteren Frage zusammen, welche Mittel zur Abwehr zur Hand gelegen, und welche wirklich angewendet sind. Diese hat es nicht mehr mit den Begriffserfordernissen zu thun, sondern nur noch mit den Wirkungen der im Zustand derselben ergriffenen Massregeln". Wir begegnen demnach hier auch noch der Verwechslung von Prätext und Excess der Nothwehr. Deshalb ist diese Interpretation als veraltet entschieden zurückweisen.

(Schaper in von Holzendorff Handbuch des deutschen Strafrechts, Band II).

[1]) Auf diese Fassung macht Rubo aufmerksam (Commentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich).

[2]) Hierauf weist ebenfalls Rubo hin.

Handlung möglich war. Der wirkliche Wortlaut des Absatzes I verlangt aber nur, dass die Handlung durch Nothwehr geboten war. Ersetzt man in diesem Absatz das Wort Nothwehr durch die im Absatz II von derselben gegebenen Definition — diese Substitution entspricht dem Aufbau des Paragraphen — so erhält man den Satz: Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um . . . abzuwenden, geboten war. In dieser Fassung lässt dass Gesetz keinen Zweifel darüber, dass zur Anwendung des § 53 nur die Beantwortung der Frage entscheidend ist, ob die Handlung durch die näher charakterisirte Vertheidigung geboten war, während die Anwendung desselben nicht dadurch bedingt ist, dass die Vertheidigung selbst behufs Abwendung des Angriffes erforderlich war[1]). Unsere Beweissführung wird jedoch dadurch von den Gegnern angefochten, dass sie die Idendität der Ausdrücke „geboten“ und „erforderlich“ bestreiten und daher die von uns vorgenommene Substitution verwerfen. Dieselben erblicken nämlich in dem Worte „geboten“ die Grenze in der Vertheidigung und stellen dasselbe infolgedessen in Gegensatz zu dem Ausdruck „erforderlich“ des zweiten Absatzes, der nach ihrer Ansicht die Voraussetzung gerechter Nothwehr bestimmt. Oppenhoff[2]) erläutert den Ausdruck „geboten“ auf folgende Weise: „Die an sich zur Abwehr erforderliche Nothwehr darf nur soweit geübt werden, als sie im Einzelfalle geboten ist, d. h. als es ihrer (in quanto) zu jener bedurfte“. Gleichen Sinn legen auch wir dem Worte „geboten“ bei. Diese Interpretation spricht aber gemäss unserer Auffassung des Absatzes 2 des § 53 für die Identität der beiden Ausdrücke; denn beide beziehen sich auf die Art und das Maass der Vertheidigung. Die Auffassung der beiden Ausdrücke „geboten“ und „erforderlich“ als Paralellworte ist auch in der Praxis durch eine Entscheidung vom 25. September 1861[3]) bestätigt worden. Dort lesen wir: „Wenn sich hierbei der Gesetzgeber des Ausdruckes „erforderlich“ anstatt „geboten“ bedient hat, so hat er offenbar dadurch nicht andeuten wollen, das etwas Anderes gemeint ist, sondern er hat lediglich eine Wiederholung desselben, kurz vorhergegangenen Ausdruckes vermeiden wollen“. Eigenartig fasst Schütze die Ausdrücke

[1]) Vgl. Olshausen, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (§ 53).

[2]) Oppenhoff, a. a. O., § 53, 3.

[3]) Goltdammer, IX., S. 716.

„geboten“ und „erforderlich“ auf. Jenes geht nach seiner Ansicht auf die grundsätzliche Recht- bezw. Pflichtmässigkeit, dieses auf Beschaffenheit und Mass der Vertheidigung. Gegen diese Erklärung ist einzuwenden: Die Notkwehr ist in diesem Sinne nie geboten; denn sie ist keine Pflicht, sondern nur ein Recht.

Nach diesen Erörterungen, welche die Richtigkeit der von uns gegebenen grammatischen Auslegung des Paragraphen 53, soweit derselbe hier in Betracht kommt, ergeben, gestaltet sich, um uns nochmals Rubo anzuschliessen, die Grundanschauung des Reichsstrafgesetzbuches betreffs der Nothwehr dahin: Gegen jeden gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ist ein Gegenangriff gestattet, selbst wenn die Abwehr des rechtswidrigen Angriffes in anderer Weise geschehen könnte, und die Gegenwehr mithin nicht erforderlich ist. Zur Vermeidung von Missverständnissen fügen wir hinzu, dass selbstverständlich das Gesetzbuch die Abwesenheit genügender obrigkeitlicher Hilfe im Augenblick der Gefahr als Grundbedingung der Nothwehr ansieht. Einen diesbezüglichen Vermerk in das Gesetz aufzunehmen, konnte nicht nur ohne irgend welche Gefahr unterbleiben, da schon aus der sprachlichen Bedeutung des Wortes Nothwehr diese Bedingung folgt, und da ferner ohne diese das Gesetz gegen den Rechtssatz verstossen würde: „Niemand darf sein eigener Richter sein“, sondern die Unterlassung enthält sogar einen Vorzug des Gesetzes, indem die besondere Hervorhebung einer so natürlichen Bestimmung den Richter leicht verleiten könnte, das Recht der Nothwehr über Gebühr einzuschränken. Unsere Interpretation des § 53 steht demnach mit dem Geist des Gesetzes in vollem Einklang. Beide geben auf die gestellte Frage: „Kann jemand auch dann sich auf Nothwehr berufen, wenn er dem widerrechtlichen Angriffe sich durch die Flucht hätte entziehen können“, eine bestimmte Antwort im „bejahenden“ Sinne; denn ein Gesetz, das gegen jeden Angriff selbst dann, wenn die Gefahr durch ein nicht verletzendes Mittel hätte beseitigt werden können, Gegenwehr gestattet, kann unmöglich von dem widerrechtlich Angegriffenen verlangen, sein Vertheidigungsrecht durch Ergreifen der Flucht preis zu geben.

Für die Richtigkeit dieser Antwort spricht auch noch ein Vergleich des Paragraphen 53 mit den Paragraphen 52 und 54 des Strafgesetzbuches. Während in den beiden zuletzt genannten ausdrücklich die Forderung aufgestellt ist, dass die Gefahr auf andere Weise

als durch die verletzende nicht abgewandt werden könne, ist in dem zwischen beiden stehenden Nothwehrparagraphen davon keine Rede. Es müsste aber jedenfalls höchst sonderbar erscheinen, dass diese Einschränkung nicht auch dem Paragraphen 53 beigefügt worden wäre, falls eine solche dem Sinne des Gesetzgebers entsprechen sollte.

Ferner dürfen wir nicht unterlassen, unseren Gegnern in der Interpretation des § 53, die also aus dem Wortlaut des Gesetzes den Mangel „anderer Mittel“ als Voraussetzung gerechter Nothwehr folgern, noch zu erwidern, dass selbst, wenn wir ihre Auslegung als richtig anerkennen, doch unsere Antwort auf die gestellte Frage die gleiche bleibt. Zur Begründung berufen wir uns auf den ersten Theil der Ausführung, wo mehrfach gezeigt wurde, wie die Flucht, ganz abgesehen davon, dass sie überhaupt kein Vertheidigungsmittel ist, wegen des in derselben liegenden Unrechtes und wegen des Anspruches jedes Menschen auf daz Recht „der freien Bewegung“ unmöglich von einem Gesetze zu den Mitteln gerechnet werden kann, dessen Nichtvorhandensein Voraussetzung gerechter Nothwehr sein soll. Dieses gibt auch ein Theil[1]) unserer Gegner zu, indem sie der schon häufig charakterisirten Einschränkung der Nothwehr ergänzend beifügen, dass die Möglichkeit der Flucht die Nothwehr nicht ausschliesst, da zu flüchten, wenn er angegriffen wird, niemand verpflichtet sei. Zu diesem Zugeständniss scheinen die betreffenden nicht allein durch die von uns geltend gemachten Gesichtspunkte bewogen zu sein, sondern auch durch die Erwägung[2]), dass eine Gesetzgebung, welche die Nothwehr zur Vertheidigung der Ehre gestattet, unmöglich eine Kränkung derselben durch die Forderung der Flucht vor einem widerrechtlich Angreifenden verlangen kann. Oppenhoff und Geyer[3]) hingegen fordern auch vom Standpunkt

---

[1]) Rüdorff, a. a. O., § 53, 3, Schütze, a. a. O., S. 216, Schwarze, a. a. O., S. 233, Schaper, a. a. O., S. 415, Anm. 1.

[2]) z. B. bei Rüdorff (53, 5) erkennbar durch seine Bemerkung: „Die Flucht vor dem Angriff ist jedoch kein Rechtsgebot, dessen Nichtbeachtung Nothwehr ausschliesst“; noch deutlicher bei Schaper (S. 145, Anm.): „Die Verweisung auf die Flucht enthält eine Anweisung zur Preisgebung der Ehre, erscheint daher unzulässig“.

[1]) Nach Olshausen (53, 2) scheinen auch Puchelt (Commentar zum Strafgesetzbuch) und v. Wächter (Vorlesungen) dieser Ansicht zu sein. Beide Werke liegen mir nicht vor. Puchelt stützt sich jedenfalls auf die falsche Interpretation der Worte (- „erforderlich, um“ -) für die aber auch er, wie bereits erwähnt, keine besonderen Gründe anführt.

des Gesetzes die Unmöglichkeit einer unschimpflichen und ungefährlichen Flucht als Bedingung gerechter Nothwehr. Geyer, der das Bestreben, seine Vergeltungstheorie allen gesetzlichen Bestimmungen über die Nothwehr aufzuzwingen auch bei der Auslegung unseres Strafgesetzbuches nicht verleugnen konnte, ist zur Genüge widerlegt, und mit ihm gleich Oppenhoff, der sich auf ihn stützt.

Somit haben wir durch grammatische und logische Interpretation der bezüglichen Bestimmungen des § 53 den Standpunkt des St.-G.-B. zu unserer Frage gekennzeichnet. Es scheint uns aber insbesondere wegen der Streitfragen, die wir bei den Auslegern des St.-G.-B. angetroffen haben, zweckentsprechend zu sein, zum Schluss unser Augenmerk auf die neueste Rechtsprechung selbst zu richten, um auch ihre Stellungzu der so wichtigen Frage kennen zu lernen. Bei der grammatischen Interpretation des § 53 haben wir bereits einige Urtheile der Praxis über die Auffassung der Worte „erforderlich“ und „geboten“ angeführt. Wir begnügen uns deswegen, hier an diese zu erinnern und gehen gleich auf diejenigen Entscheidungen ein, welche über die Frage der Flucht selbst ein Urtheil abgeben.

Von Interesse ist zunächst eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Strafrechts und Strafprocesses vom 18. Juni 1877. Rüdorff[1]) nennt dieselbe „etwas abweichend von der erkannten Wahrheit: Die Flucht ist kein Rechtsgebot, dessen Nichtbeachtung Nothwehr ausschliesst,“ besser ist unseres Erachtens die Bezeichnung „ungenau“. In der Entscheidung wird die Beschwerde, die dahin geht, dass die Anschauung, Nothwehr sei dann ausgeschlossen, wenn sich der Angegriffene dem Angriffe durch die Flucht habe entziehen können, auf einen Rechtsirrthum beruhe, als unerheblich zurückgewiesen, aber nicht wegen ihrer materiellen Unrichtigkeit, sondern wegen des Mangels der sachlichen Zugehörigkeit. In der Begründung lesen wir: „Das k. Appelationsgericht hat diesen Satz nicht ausgesprochen; es hat daraus, dass der Beschuldigte einem Angriffe seines Bruders durch die Flucht sich entziehen konnte, lediglich einen Beweisbehelf dafür entnommen, dass die Handlung des Beschuldigten zur Abwendung eines rechtswidrigen Angriffes nicht geboten gewesen sei“. Aus diesem Wortlaut geht unbedingt hervor, dass der oberste

Deswegen ist auch er widerlegt. Ueber v. Wächter können wir uns jedoch aus dem angegebenen Grunde nicht äussern.

[1]) Rüdorff, a. a. O., § 53.

Gerichtshof für Bayern sich gegen die Forderung der Unmöglichkeit der Flucht als Voraussetzung gerechter Nothwehr entschieden verwahrt, wohingegen andererseits zugegeben werden muss, dass der sog. Beweisbehelf mit diesem Standpunkt nicht harmonirt. Dieser Widerspruch rechtfertigt auch unsere Kritik der Entscheidung. Ein bedeutend klareres Urtheil hat das preussische Obertribunal in einer Entscheidung vom 20. November 1878 gefällt. Bestimmt wird hier dem Wortlaut und Geist des Gesetzes entsprechend die Annahme, dass der Angegriffene verpflichtet sei zu fliehen, als rechtsirrthümlich bezeichnet, mit den Worten: „Das Gesetz bestimmt nicht, dass der rechtswidrig Angegriffene entfliehen müsse und nur dann dem Angreifer Gewalt entgegenstellen dürfe, wenn die Flucht nicht möglich ist". Gegenüber dieser Entscheidung muss das Urtheil des Reichsgerichtes vom 13. Mai 1887[1]) sehr befremden; dasselbe erachtet zur Beantwortung der Frage: Wird das Recht der Nothwehr dadurch ausgeschlossen, dass der Angegriffene in der Lage ist, sich dem Angriff durch die Flucht zu entziehen? die Mittelmeinung für massgebend, welche sich bei den Berathungen des § 41 des preussischen Strafgesetzbuches gegenüber den sich entgegenstehenden Meinungen der Wissenschaft im Anschluss an die Rechtsanschauung der Carolina und des § 523 II 20 preuss. A. L. R.'s gebildet hatte. Wir haben diese Mittelmeinung bei der Besprechung der Badischen, wie der Preussischen Gesetzentwürfe des Näheren kritisirt und ihre Unhaltbarkeit dargethan. Deshalb beschränken wir uns an dieser Stelle darauf hervorzuheben, dass für die Rechtsprechung die Unmöglichkeit einer solchen Mittelmeinung schon aus der einfachen Erwägung erhellt, dass dieselbe entweder ein Recht der Nothwehr anerkennen oder verneinen muss. Entscheidet[2]) sie sich aber für die Auffassung der Nothwehr als eines rechtlichen Verhältnisses, so darf sie niemanden an der Ausübung dieses Rechtes hindern; denn jeder Mensch hat einen unantastbaren Anspruch auf die uneingeschränkte Ausübung seiner Rechte. Die betreffende Entscheidung legt Werth darauf, dass die sog. Mittelmeinung sich historisch den Rechtsanschauungen der Carolina und des § 523 II 20 preuss. A. L. R.'s anschliesst. Der Carolina mag eine solche Würdigung gezollt werden, wobei aber daran zu erinnern ist, dass ihre mit der sonstigen Auffassung über

---

[1]) Entscheidung des Reichsgerichtes, Band 16., S. 69 ff.

[2]) So ohne Zweifel das Reichsgericht.

die Nothwehr im Widerspruch stehende Ansicht über unsere Frage nicht unwahrscheinlich in den Zeitverhältnissen ihre Begründung findet, hingegen betreffs des A. L. R.'s muss erwidert werden: wir können es nur freudig begrüssen, wenn unsere Rechtsprechung sich von der engherzigen Anschauung desselben über die Nothwehr zu befreien sucht. Ferner glaubt das Reichsgericht deswegen der Mittelmeinung folgen zu müssen, weil der § 41 des preussischen St.-G.-B. in Absatz 1 und 2 bewusst in den § 53 des Straf-Gesetz-Buchs übernommen worden sei und verweist zu diesem Zweck auf die Motive zu § 51. Hier gilt es darauf aufmerksam zu machen, dass die sogenannte Mittelmeinung für das Gesetz nicht als massgebend bezeichnet, dass vielmehr beschlossen wurde, sich über die Frage im Gesetz nicht auszusprechen. Man liess die Frage also für die Wissenschaft offen, und diese hat dieselbe überwiegend in unserem dieser Entscheidung entgegengesetzten Sinne beantwortet. Die weitere Erwähnung im Urtheil „Die Auslegung des § 53 in dem erörterten Sinne könne um so weniger einem Bedenken unterliegen, als auch gesetzgeberische und praktische Rücksichten dafür sprechen", entbehrt der überzeugenden Begründung. Wir glauben vielmehr mit Schütze[1]) in der vom Gesetze aufgestellten Forderung der Flucht vor einem rechtswidrigen Angreifer ein trauriges Urtheil des Staates über seine Bürger zu erblicken. Die praktischen Rücksichten, in den Worten zum Ausdruck gebracht „Es bilde ein wohlberechtigtes Verlangen der Rechtsordnung, dass der, wenn auch widerrechtlich Angegriffene die Abwehr des Angreifers durch auch seinerseits erfolgenden Verstoss gegen das Strafgesetz unterlässt, wenn das Recht auf Schutz auch ohne jedes Opfer in der angegebenen Richtung[2]) sich erreichen lässt", gestalten sich zu einer wünschenswerthen Förderung der Nächstenliebe, aber nicht des Rechtes und entspringen allein aus dem falschen Mitleid mit dem widerrechtlich Angreifenden. Aber diese Begründung enthält auch eine sachliche Unrichtigkeit, denn die Verletzung des Angreifers ist kein Verstoss gegen das Strafgesetz. Ausdrücklich sagt der § 53 „eine strafbare

[1]) Schütze, a. a. O., S. 116.

[2]) Die Entscheidung verlangt als Voraussetzung ihrer Forderung der Flucht, dass dieselbe ohne eigenes Opfer an berechtigten Interessen bewirkt werden kann und berücksichtigt die Anschauungen des gesellschaftlichen Verkehrs zur Feststellung, ob die Flucht schimpflich gewesen oder nicht. An die Schwierigkeit der Durchführung dieser Ansicht in der Praxis braucht kaum erinnert zu werden.

Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch die Nothwehr geboten war, d. h. in der Verletzung des Angreifers liegt nichts, was sachlich strafbar ist[1]). Durch diese Erörterung glauben wir einen genügenden Beweis für unsere Ansicht erbracht zu haben, dass die Reichsgerichtsentscheidung vom 13. Mai 1887 dem Wortlaut und Geist des Strafgesetzbuches nicht entspricht.

Zum Schluss ist noch ein Urtheil des II. Strafsenats des Reichs-Gerichts vom 27. September 1889[2]) zu erwähnen. In diesem heisst es: Zugegeben ist nach der im Urtheil vom 13. Mai 1887 entwickelten Entstehungsgeschichte des § 53 des Straf-Gesetz-Buches, dass ausser der Selbstvertheidigung gegenüber einem drohenden Angriffe unter Umständen auch das Mittel des Ausweichens, der Flucht als der durch die Sachlage gebotene Weg erscheinen kann, dem Angriff zu entgehen. Nicht aber kann dies in solchen Fällen angenommen werden, in denen die Flucht sich nicht bewerkstelligen lässt, ohne dass zugleich Interessen preisgegeben werden müssen, zu deren Schutz das Recht der Selbstvertheidigung gegeben ist; also beispielsweise der Ehre oder des Vermögens". Eine selbständige erneute Prüfung unserer Frage liegt demnach in diesem Urtheil nicht vor, aber der Umstand, dass man trotz der vielen Voraussetzungen, welche die zuerst erwähnte Entscheidung für die Forderung der Flucht aufgestellt hat, der Ansicht war, in einem kurz darauf folgenden Urtheil nochmals hervorzuheben, dass die Flucht nicht zu ergreifen sei, sobald Interessen irgend welcher Art gefährdet werden, ist in hohem Maasse

---

[1]) Dieses hebt ausdrücklich eine Entscheidung des II. Civilsenats vom 8. Mai 1894 (Entscheidung in Civilsachen, Band 33, S. 352) nochmals hervor. Diese Entscheidung ist besonders wichtig für die Beweislast bei dem Einwand der Nothwehr. Im Gegensatz zu dem Civilrichter hat der Strafrichter den Angeklagten freizusprechen, solange ihm durch die Beweisaufnahme die behauptete Nothwehr wahrscheinlich oder auch nur möglich erscheint. Nach diesem Grundsatz hätte also, wenn man den Standpunkt des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 17. Mai 1887 unterstellt, der sich auf Nothwehr Berufende nicht die Pflicht, zu beweisen, dass er nicht fliehen konnte, sondern dem Angeklagten müsste bestimmt bewiesen werden, dass die Flucht hätte ergriffen werden können. Dieses wird jedenfalls nur selten möglich sein. Diese Erwägung spricht auch gegen die Durchfürbarkeit der von uns bekämpften Ansicht in der Praxis.

[2]) R.-G. in Rechtsprechung, Band 9, S. 471.

bezeichnend dafür, wie das Reichs-Gericht selbst das Bedenkliche seiner Auslegung und Auffassung des § 53 des Straf-Gesetz-Buches fühlt und infolgedessen bemüht ist, dem Satze „das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen", in der Praxis möglichst Geltung zu verschaffen. Besser thäte es, statt dessen den Satz grundsätzlich anzuerkennen und auszusprechen, dass der widerrechtlich Angegriffene niemals verpflichtet ist, dem Angriffe durch die Flucht auszuweichen.

Litteraturübersicht.

1. Berner, Die Nothwehrtheorie im Archiv des Crimminalrechts, 1848.
2. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1891.
3. Beseler, Commentar zum preussischen Strafgesetzbuch, 1851.
4. Boehmer, Meditationes in C. C. C., 1770.
5. Binding, Handbuch des Strafrechts, I. Band, 1885.
6. v. Buri, über Causalität, 1873.
7. v. Buri, zu § 53 des Reichsstrafgesetzbuches, Gerichtssaal, 1875.
8. v. Buri, Nothstand und Nothwehr, Gerichtssaal, 1878.
9. Carpzow, Practica nova imperialis Saxonicae rerum crim., 1758.
10. Damhander, practica rerum crim., 1558.
11. Entscheidungen des Reichsgerichts, Strafsachen, Band 16.
12. Entscheidungen des Reichsgerichts, Civilsachen, Band 35.
13. Eugan, elementa juris criminalis, 1777.
14. Friedrich, De inculpatae tutelae communi jure germanico postulatis, 1866.
15. Geyer, die Lehre von der Nothwehr, 1857.
16. Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeindeutsches Strafrecht, erste Hälfte, 1884.
17. Goltdammer, Commentar, 1859.
18. Goltdammer, Archiv für gemeindeutsches und preussisches Strafrecht, Band 21 und 26.
19. Gillischewski, Ueber Nothstand und Nothrecht, 1873.
20. Henke, Handbuch des Criminalrechts, 1823.
21. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881.
22. Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1857.
23. Hallwachs, Beitrag zu der Lehre von der Nothwehr, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Band 4.
24. Hyl, Das oströmische Strafgesetz, 1852—55.
25. Janka, Der strafrechtliche Nothstand, 1878.
26. Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe d. Criminalrechts, 1845.
27. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855.
28. Kress, Commentatio in C. C. C., 1786.
29. Levita, Das Recht der Nothwehr, 1856.
30. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1891.
31. Luden, Abhandlungen a. d. allgemeinen deutschen Strafrecht, 1840.
32. Moriaud, De la Justification du Délit par l'état de Nécessité, 1889.

33. Morstadt, Commentar zu Feuerbachs Lehrbuch, 1855.
34. Meyer Hugo, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1888.
35. Morezall, Gemeines Criminalrecht, 1856.
36. Martin, Lehrbuch des teutschen gemein Civilrecht, 1829.
37. München, Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht II, Bd. 1876.
38. Norddeutscher Strafgesetz-Entwurf mit Motiven, 1869.
39. Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1881.
40. Olshausen, Commentar zum Strafgesetzb. für das deutsche Reich, 1892.
41. Peinliche Halsgerichts-Ordnung Kaiser Karl's V., herausgegeben von Zöpfl, 1876.
42. Rubo, Commentar über das Strafgesetzbuch f. das deutsche Reich, 1879.
43. Rüdorff, Commentar z. Strafgesetzb. für das deutsche Reich, 1881.
44. Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 9.
45. Rechtsprechung des Königl. Obertribunals in Strafsachen, Bd. 19.
46. Roland, Die Gefahr im Strafrecht, 1888.
47. Rossyn, de justa sui defensione cum caede aggressoris justi, 1807.
48. Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses, 1877.
49. Schaper, in v. Holtzendorff Handbuch d. deutschen Strafrechts, Bd. II.
50. Schwarze, Commentar zu Strafgesetzb. für d. deutsche Reich. 1871.
51. Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis u. Rechtswissensch., Bd. 3.
52. Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1874.
53. Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1869.
54. Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung d. Nothstandes.
55. Wessely, Die Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr im österreichischen Rechte, 1862.
56. Zöpfl, Beiträge zur Revision der Lehre von der Nothwehr im Archiv des Criminalrechts, 1842 und 1843.
57. Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, 12. Band.